

Sentencia T-384/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procendencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO MENOR-Ejercicio desde un enfoque constitucional que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes

FAMILIA-Núcleo fundamental de la Sociedad

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

PATRIA POTESTAD-Definición/PATRIA POTESTAD-Derechos y facultades no en favor de padres sino en el interés superior del hijo menor

En tratándose de la patria potestad, la versión modificada del artículo 288 del Código Civil la define como un conjunto de derechos que la ley le reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que como padres deben asumir. Dada su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar su desplazamientos dentro y fuera del país. En todo caso, según ha

reconocido la jurisprudencia constitucional, “los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado”.

PATRIA POTESTAD-Naturaleza

Se trata entonces de una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas. De allí que, la patria potestad sea reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres, sino como una institución instrumental que permite a éstos garantizar los derechos de sus hijos y servir al logro del bienestar de los menores.

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO MENOR-Deber
de criar, educar, orientar, conducir y formar hábitos y costumbres

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO MENOR-Marco
normativo

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Tienen derecho a que ambos
padres ejerzan la custodia para su desarrollo armónico e integral

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL POR AMBOS PADRES
FRENTE A HIJOS MENORES-Se justifica prevalentemente desde la
perspectiva constitucional en el interés superior de los niños, niñas y
adolescentes, y en el derecho que tienen a la unidad familiar

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Sujetos de especial protección

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente/INTERES
SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

DERECHOS DE LOS NIÑOS E INTERES SUPERIOR DEL
MENOR-Instrumentos internacionales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Se erige como una norma de
amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el

Derecho internacional de los Derechos Humanos vinculante para Colombia

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Debe ser referencia al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos menores de edad o impedidos

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO MENOR-Ejercicio conforme al derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Alcance

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella sin duda va más allá de la mera obligación de los padres de sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos, ya que trasciende a un nivel de distintas manifestaciones como el recíproco afecto, el continuo trato, la permanente comunicación, el ejemplo de vida y de dirección, es decir, genera una conexión directa con el cuidado y el amor. Tan así resulta lo anterior, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”. Tan fuerte es el reconocimiento de este derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes, que el ordenamiento constitucional, los diferentes tratados internacionales que obligan a Colombia y los desarrollos legales internos en materia de infancia y adolescencia promueven la unidad familiar en tanto resulta ser piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Así, el artículo 44 superior reconoce expresamente como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el tener una familia y no ser separados de ella, a su vez que el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 22 que tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella; por consiguiente, los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección en el ámbito interno e internacional

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO NO EMANCIPADO-Jurisprudencia constitucional ha enfocado sus decisiones a la satisfacción de los principios del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y al derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO NO EMANCIPADO-Reiteración de jurisprudencia

CUSTODIA COMPARTIDA-Ausencia de regulación integral en la materia/**CUSTODIA COMPARTIDA**-Alcance

Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales (art. 5, 42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la regla general, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos. De no ser posible la suscripción del acuerdo de custodia y cuidados personales compartidos, es el juez de familia quien en cada caso concreto, aplicando el principio pro infans, según revelen las pruebas y la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes de acuerdo con su edad y madurez, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores, entre el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores o la custodia monoparental estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente.

ACUERDOS DE CUSTODIA COMPARTIDA O DEFINICION QUE RESPECTO DE LA MISMA REALICE LA AUTORIDAD JUDICIAL-Pilares fundamentales a los que deben ceñirse

La Sala considera prudente resaltar que los acuerdos de custodia compartida y cuidados personales que celebren los progenitores, o la definición que respecto de los mismos realice el juez de familia según las circunstancias que evalúe caso a caso, deben ceñirse como mínimo a tres pilares fundamentales,

a saber: (i) el principio de corresponsabilidad parental que se traduce como la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones trascendentales de los hijos comunes, independientemente de su ruptura como pareja sentimental o su situación de convivencia, de tal forma que se dé un reparto efectivo, equitativo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes; (ii) el principio de igualdad parental que refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida; y, el más relevante de todos, (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes, que refiere a otorgar las más altas garantías para hacer efectivo el interés superior del menor como consideración primordial y su derecho a tener una familia donde concurren ambos padres activamente, lo cual implica tener en cuenta varios lineamientos que permitan ponderar su conveniencia según el contexto familiar.

CUSTODIA COMPARTIDA POR AMBOS PADRES DE HIJOS MENORES-Virtudes y dificultades que se pueden presentar

En tal sentido, según diversas investigaciones y el concepto que remitió en esta oportunidad la Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana, son varias las virtudes que se atribuyen a la custodia compartida de los hijos menores cuyos padres se encuentran separados por diversas razones, a saber: (i) la convivencia alternada con ambos padres permite que el niño no sienta el distanciamiento ni la pérdida de alguno de sus padres, por el contrario, forja una relación saludable y cercana paterno y materno-filial; (ii) los niños se adaptan adecuadamente al entorno porque incrementan su autoestima y valor emocional, al punto que aceptan de mejor manera la ruptura sentimental de los padres sin causar traumas; (iii) se forjan menores más independientes y autoresponsables; (iv) los niños entienden la importancia de ser solidarios, compartir y resolver problemas a través del diálogo, el respeto y el apoyo que toman del ejemplo de los padres; entre otras ventajas. No obstante lo anterior, esta Corporación también es consciente que se pueden presentar dificultades en la adaptación de los niños, niñas y adolescentes a este modelo familiar compartido, como por ejemplo, (i) el acople paulatino a las residencias alternadas; (ii) que en cada casa se definan hábitos, reglas y horarios diferentes; y, (iii) que existan estilos educativos o pautas de crianza disimiles entre ambos progenitores y por ello se reporte ansiedad entre los menores hijos. Según las investigaciones ya referidas y el concepto señalado, estos tres problemas son los más recurrentes, por lo cual se requiere de una interacción civilizada de los padres para lograr superarlos fijando rutinas, hábitos y lineamientos educativos similares y estables que atiendan al bienestar y la salud de los menores hijos. En todo caso, si las dificultades persisten, la Sala recuerda que las sentencias judiciales que definen la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal, de tal manera que en cualquier tiempo se puede acudir al juez de

familia para que éste evalúe las condiciones que son más adecuadas para el bienestar de los menores y sus derechos fundamentales.

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES
EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA POR AMBOS
PADRES DE MENORES DE EDAD- Procedencia por defecto
sustantivo y fáctico**

La Sala encontró estructurado el defecto sustantivo en relación con la fórmula que aplicó el juzgado acusado al momento de determinar, bajo el modelo de la custodia compartida, lo siguiente: (i) el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de los progenitores; y, (ii) la imposición de cuota alimentaria únicamente en cabeza de la accionante A.L. Lo anterior por cuanto desconoció la igualdad de derechos y de obligaciones que impone la progenitura responsable en el modelo sistemático de custodia compartida, habida cuenta de que los principios de corresponsabilidad e igualdad parental parten de la base de un reparto efectivo, equitativo y equilibrado de las responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, el cuidado, la educación y la manutención de los hijos comunes (arts. 253 del CC y art. 23 del CIA) . La Sala explicó que esa situación derivó también en una violación de los derechos prevalentes que les asisten a los niños, en especial a disfrutar de una sana y equitativa coparentalidad que beneficie su interés superior. Referente al defecto fáctico por vía omisiva, la Sala señaló que el juzgado accionado en la sentencia que profirió el 24 de julio de 2017 incurrió en tal defecto (i) por haberse valorado una prueba irregularmente introducida al trámite judicial, cual fue, el concepto psicológico que emitió la Comisaría de Familia de Los Patios y que fue allegado por el demandado Y.V. sin que mediara decreto previo, recaudo efectivo, ni contradicción probatoria en el trámite judicial; y, (ii) por la falta de valoración del acervo probatorio en su integralidad, explicando razonablemente por qué prefirió o se separó de determinados medios de prueba cuando ellos revelaban realidades que lucen contradictorias para decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los niños S.I. y J.A.

Referencia: Expediente T- 6.517.757

Acción de tutela interpuesta por A.L., actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos S.I. y J.A., contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios (Norte de Santander).

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el cual revocó la sentencia de primera instancia emitida el dieciocho (18) de septiembre del mismo año por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, y en su lugar negó la acción de tutela interpuesta por A.L., actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos S.I. y J.A., contra el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Los Patios (Norte de Santander). El expediente fue seleccionado para revisión por la Sala Número Doce, mediante Auto del quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).¹

Anotación preliminar

Mediante auto del 13 de marzo de 2018, la Magistrada Sustanciadora dispuso guardar la reserva de las identidades de la accionante, de los niños y del progenitor de éstos (tercero interviniente) dentro de todas las actuaciones que se surtieran en el marco del proceso de la referencia. Para el efecto, sus nombres fueron sustituidos por las iniciales A.L. (madre y accionante), Y.V. (padre y tercero interviniente), S.I. y J.A. (niños). Lo anterior con el fin de garantizar los derechos a la intimidad familiar y al interés superior de los menores de edad.

I. ANTECEDENTES

El 4 de septiembre de 2017, por intermedio de apoderado judicial, la señora A.L., actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos S.I. y J.A., presentó acción de tutela contra el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Los Patios, por considerar que éste, con la decisión que profirió el 24 de julio de 2017, dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal que aquella formuló contra Y.V., vulneró los derechos fundamentales al

¹ La Sala de Selección No. 12 de 2017 fue integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Antonio José Lizarazo Ocampo. En el numeral segundo de esa providencia judicial, se indicó que la selección para revisión del expediente de la referencia fue motivada por el criterio subjetivo denominado *urgencia de proteger un derecho fundamental*, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015 – Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los menores, en tanto incurrió en defectos procedimental absoluto, fáctico y sustantivo, al otorgar la custodia compartida de los niños *S.I.* y *J.A.*. Solicita dejar sin efectos ese fallo judicial y que, en su lugar, se profiera una nueva sentencia ajustada a la realidad probatoria. A continuación, se exponen los hechos en que se funda la acción de tutela y la solicitud planteada.

1. Hechos y solicitud

1.1. Los señores *A.L.* y *Y.V.* convivieron como pareja desde el 2009 por aproximadamente cuatro años. Fruto de esa unión nacieron los niños *S.I.* y *J.A.*, de 9 y 7 años de edad respectivamente.

1.2. Con ocasión de la ruptura sentimental de los padres, la señora *A.L.* se radicó en noviembre de 2012 en la ciudad de Bogotá, junto con sus hijos, situación que motivó al padre de los niños a promover un primer proceso de custodia y cuidado personal de *S.I.* y *J.A.*, en el cual le fueron negadas las pretensiones de la demanda mediante sentencia del 25 de octubre de 2013, proferida por el Juzgado 3° de Familia de Bogotá. En aquella oportunidad la custodia de los niños fue otorgada a la accionante, quien indica que posterior a ello se trasladó con los menores a la ciudad de Cúcuta para que pudieran tener una buena relación y contacto con el padre, al igual que con los abuelos maternos.

1.3. Por segunda vez el señor *Y.V.* impetró demanda de custodia y cuidado personal de sus hijos *S.I.* y *J.A.*, trámite que cursó en el Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de Los Patios bajo el radicado No. 2014-00114 y que finalizó con sentencia del 6 de marzo de 2015, en la cual se dispuso la custodia de los niños a favor del entonces demandante. Según narra la accionante, esa decisión judicial impuso como condición al padre que, en el término de dos meses siguientes a la ejecutoria de ese fallo, debía contar con un sitio propio para vivir que gozara de buen ambiente y estuviera alejado de la intervención de terceras personas para facilitar la orientación y educación de los niños.

1.4. Afirma la accionante que la anterior condición fue incumplida por *Y.V.*, situación que llevó a que aquella presentara solicitud de custodia y cuidados personales de sus menores hijos, demanda que fue admitida el 23 de septiembre de 2015 por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios, bajo el radicado No. 2015-0588.

1.5. Relata la accionante que en el curso del trámite procesal, el juzgado accionado decretó las siguientes pruebas de oficio: *(i)* en Auto del 14 de diciembre de 2015 dispuso, entre otras, la visita social al hogar de los menores por parte del asistente social del juzgado, la cual se llevó a cabo el 7 de marzo de 2016 y fue allegada al proceso cuestionado; y, *(ii)* en Auto del 19 de mayo de 2016 ordenó la valoración del grupo familiar por un psicólogo forense

adscrito al Instituto de Medicina Legal, quien realizó el dictamen respectivo y lo remitió para que obrara como prueba en el expediente.

1.6. La actora indica que acreditó en el proceso cuestionado que ni las circunstancias iniciales conforme a las cuales se entregó la custodia de los niños al progenitor, ni las que se consolidaron en cumplimiento de la orden impuesta al señor *Y.V.* en el proceso No. 2014-00114, constituían un ambiente adecuado para el desarrollo de los menores.

1.7. Aduce la accionante que sus argumentos no fueron tenidos en cuenta, habida consideración que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios dictó sentencia de única instancia el 24 de julio de 2017, concediendo la custodia compartida de los niños *S.I.* y *J.A.* a cargo de ambos padres, de la siguiente manera: *“El señor [Y.V.], tendrá a sus menores hijos desde el día lunes hasta el día viernes al medio día y el último fin de semana de cada mes, para que comparta con los mismos. La señora [A.L.], tendrá a sus hijos desde el día viernes al medio día hasta el día lunes en la mañana, dejando a sus hijos en sus respectivos colegios, aclarando que los días festivos serán compartidos igualmente con su progenitora”*². Además de ello, el juzgado acusado fijó como cuota alimentaria a cargo de la accionante, la suma equivalente a \$400.000,00 mensuales para los gastos de alimentación, vestuario, educación y recreación de los niños, ya que los gastos que se generen por concepto de salud deben ser asumidos de manera conjunta y por partes iguales por los progenitores.

1.8. La accionante considera que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios en esa decisión judicial vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los niños, por cuanto incurrió en varios defectos que habilitan el amparo constitucional.

1.9. En relación con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la accionante señaló que (i) el asunto goza de relevancia constitucional en tanto compromete los derechos de dos niños, *“quienes se encuentran bajo el cuidado y custodia de su progenitor que no está en capacidad de responder por sus propias obligaciones”* y que tiene problemas para ejercer la autoridad e impartir disciplina; (ii) el proceso de custodia y cuidados personales es de única instancia, por lo cual no existen mecanismos ordinarios para controvertir la sentencia; (iii) se cumple el requisito de inmediatez porque la providencia que se cuestiona es del 24 de julio de 2017, siendo razonable el plazo de interposición de la tutela; (iv) las irregularidades fácticas, procedimentales y sustantivas que se indican inciden en la decisión judicial y, además, afectan derechos fundamentales; y, (v) se identifican debidamente los hechos, las violaciones a derechos fundamentales y el fallo que se cuestiona no es una sentencia de tutela.

² Folio 35 del cuaderno principal.

1.10. Respecto a las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, identificó los siguientes defectos que a continuación se sintetizan.

1.10.1 *Defecto fáctico por vía negativa*, habida cuenta que el juez dejó de valorar los dictámenes rendidos por el Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y el informe que fue presentado por el asistente social del juzgado, según los cuales *Y.V.* carecía de las cualidades personales para tener la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* La actora aduce que a pesar de haber sido decretados de oficio por el juzgado, no fueron objeto de análisis judicial.

Al respecto, plantea que los funcionarios del Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluyeron en sus dictámenes que: (i) *A.L.* “*es apta para ejercer la autoridad e impartir disciplina, afrontar conflictos de modo asertivo y hay buena prospección suya y de sus hijos*”³; (ii) *Y.V.* tiene una supervisión y control inadecuado como padre, lo que genera una sobreprotección paterna y presiones impropias sobre los niños, sumado a que cuenta con regular apoyo familiar y muestra dificultades para ejercer la autoridad e impartir disciplina a sus hijos; (iii) la niña *S.I.* tiene un vínculo afectivo con su padre y su madre que no es sano por ambivalente, además que existe una alianza entre el padre y los abuelos maternos para dañar la imagen de la madre, lo que causa ansiedad en la menor que se manifiesta con rebeldía y negativismo; y, (iv) el niño *J.A.* también tiene un vínculo ambivalente con sus padres, pero tiene un buen nivel de adaptación social y escolar porque debido a su corta edad aún no es consciente de la situación familiar.

A su vez, la actora narra que el asistente social del juzgado acusado, luego de realizar la entrevista a los niños, conceptuó que “*ambos padres son garantes de los derechos de sus hijos y les proveen condiciones similares en su cuidado y calidad de vida. Sin embargo, la madre es más abierta para facilitar que estos compartan libremente tiempo con su padre, aspecto en el que este es mucho más estricto. A.L. proyectó dedicarles más tiempo a sus hijos y ser menos dependiente de los cuidados por parte de los abuelos, (...)*”⁴. Según la accionante, la conclusión del informe social se centró en que resulta más conveniente que la custodia de los niños sea otorgada a la madre y se reglamenten las visitas facilitando que los niños compartan tiempo libre los fines de semana con ambos padres, ya que los dos trabajan fuera del hogar.

En tal sentido, la actora estima que “*pese a la idoneidad de quienes emitieron los referidos dictámenes, la contundencia de sus conclusiones y que los experticios en comento no fueron objeto de contradicciones, ni hubo por las partes solicitud de aclaración o complementación, ni mucho menos fueron objetados, no se efectuó por el juez de conocimiento valoración alguna en relación con dichas pruebas, ni se indicó en la sentencia las razones por las*

³ Escrito de tutela, folio 2 del cuaderno principal.

⁴ Escrito de tutela, folio 4 del cuaderno principal.

cuales se desestimaban su valor probatorio, llevando al funcionario a la conclusión que hoy se controvierte por este mecanismo excepcionalísimo”.

Aduce que el fallo que cuestiona solo se apoyó en la valoración psicológica emitida por una empleada de la Comisaría de Familia de Los Patios, “*cuyo recaudo en el proceso no obedece a petición de las partes ni a los poderes oficiosos del juez*”⁵, y respecto de la cual no se corrió traslado a las partes. Precisa la accionante que de haberse realizado una valoración probatoria en conjunto, la decisión judicial le hubiese asignado a ella la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.*, con régimen de regulación de visitas para el progenitor debido a su precaria capacidad económica y las dificultades en asumir responsable y cumplidamente sus obligaciones para garantizar el bienestar de los hijos.

Finalmente, la actora agrega que el juzgado accionado se abstuvo de apreciar las pruebas que fueron trasladadas del anterior proceso de cuidado y custodia personal identificado con el radicado No. 2014-00114, las cuales fueron aportadas con el escrito de demanda y permiten concluir que el sitio de vivienda del señor *Y.V.* no es un ambiente sano para la permanencia de los dos menores de edad.

1.10.2. ***Defecto procedimental absoluto***, toda vez que “*el juez actuó desconociendo en su integridad el procedimiento previsto en los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso, en tanto el mismo se desarrolló en múltiples audiencias, se autorizó un trámite distinto al previsto en la norma a la excepción propuesta por el demandado y de paso omitió resolverla*”⁶.

Para cimentar lo anterior, en primer lugar, la accionante explica que al proceso se le imprimió el trámite verbal sumario previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, cuando esa norma se encontraba derogada por la Ley 1564 de 2012, lo que imponía surtir el trámite procesal siguiendo los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso.

En segundo lugar, aduce que el proceso debía cumplirse en una audiencia única, la cual fue postergada y suspendida en múltiples ocasiones de forma injustificada, contrariando lo dispuesto en el inciso 2°, numeral 3° del artículo 372 del Código General del Proceso sobre el tema de inasistencias de las partes o sus apoderados a la audiencia única.

En tercer lugar, relata que el juez accionado al ordenar correr traslado de la excepción propuesta por el demandado *Y.V.*, denominada “*fundamentos jurídicos y consideraciones presentadas en la demanda ya fueron objeto de decisión por autoridad judicial*”, que en criterio de la accionante “*no resulta ser otra que la de cosa juzgada*”⁷, debió seguir los lineamientos del artículo

⁵ Escrito de tutela, folio 7 del cuaderno principal.

⁶ Escrito de tutela, folio 10 del cuaderno principal.

⁷ Escrito de tutela, folio 6 del cuaderno principal.

437 del Código de Procedimiento Civil, exigiendo que la excepción fuese propuesta mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y así resolverse. No obstante, plantea que se le dio el trámite de una excepción de mérito, frente a la cual no se emitió pronunciamiento alguno en la sentencia que se cuestiona por vía de tutela.

1.10.3. **Defecto material o sustantivo** porque, según plantea la accionante, la figura de la custodia compartida que fue aplicada por el juzgado accionado “no está regulada en nuestra legislación y dista del tratamiento que a la misma se ha dado en otras legislaciones”, y en todo caso, “no va más allá de establecer un régimen de visitas regulado por el juez”⁸. Sobre el punto, indica que la custodia compartida se asigna de manera conjunta y equitativa a los progenitores, de suerte que el tiempo que cada uno de los padres comparte con los menores es igual y, en ese entendido, no se asignan obligaciones alimentarias porque ambos asumen la custodia y cuidados personales de los hijos en igualdad de condiciones.

A partir de lo anterior, la actora afirma que la sentencia que se cuestiona no tuvo en cuenta que la custodia compartida es de naturaleza excepcional y que no es conveniente aplicarla cuando con frecuencia la figura principal de apego de los niños entre 0 a 7 años, es la madre. Adicionalmente, sostiene que el tiempo asignado no fue equitativo entre los padres, porque le restó a la accionante un fin de semana de disfrute con sus hijos.

1.11. Con base en los anteriores argumentos, la accionante solicita sean tutelados los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los niños, y que en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia de fecha 24 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Los Patios, dentro del radicado No. 2015-0588. En su lugar, se ordene a ese juzgado que dicte un nuevo fallo en el cual valore cada una y de forma conjunta las pruebas obrantes en el proceso de custodia y cuidado personal de los menores *S.I.* y *J.A.*

2. Contestación de la tutela⁹

2.1. El Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios

El Juez (e) de esa dependencia judicial, mediante oficio No. 02344 del 7 de septiembre de 2017, procedió a remitir al *a quo* en calidad de préstamo el expediente contentivo del proceso de custodia y cuidado personal No. 2015-00588, siendo demandante la señora *A.L.* y demandado el señor *Y.V.* Allí mismo informó que el titular del despacho accionado se encontraba gozando

⁸ Escrito de tutela, folio 7 del cuaderno principal.

⁹ Mediante auto del 5 de septiembre de 2017, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, admitió la acción de tutela y ordenó dar traslado al juzgado accionado, al igual que dispuso vincular a los intervinientes en el proceso de custodia y cuidado personal radicado bajo el No. 2015-00588.

de vacaciones, por lo cual se abstuvo de emitir pronunciamiento al no haber suscrito la sentencia que se cuestiona.¹⁰

2.2. La Procuraduría 11 Judicial II para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia

La Procuradora 11 Judicial II señaló que carecía de competencia para pronunciarse en el presente asunto, por cuanto la vigilancia de los procesos judiciales adelantados ante el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios corresponde a la Personería Municipal de esa localidad.¹¹

2.3. El interviniente Y.V.

A través del oficio No. 10025 del 5 de septiembre de 2017, remitido en la planilla No. 521 del 6 de septiembre de la misma anulidad, el señor Y.V. fue notificado de la admisión de la tutela y se le corrió traslado de la misma, pero no emitió pronunciamiento alguno.¹²

2.4. La Comisaría de Familia de Los Patios

Mediante oficio No. 10028 del 5 de septiembre de 2017, enviado en la planilla No. 521 del 6 de septiembre de la misma anulidad, fue notificada de la admisión de la tutela la señora Comisaria de Familia de Los Patios. A pesar de ello, se abstuvo de emitir pronunciamiento.¹³

3. Decisiones que se revisan

3.1. Decisión de primera instancia

3.1.1. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil – Familia, en sentencia del 18 de septiembre de 2017¹⁴, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la actora y sus menores hijos S.I. y J.A., *“por haberse incurrido en un defecto fáctico”* por parte del Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios. En consecuencia, dejó sin efectos la sentencia emitida en la audiencia de fecha 27 de julio de 2017, en el proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal radicado No. 2015-00588, así como las actuaciones subsiguientes que dependan de dicha sentencia. Además, ordenó al juzgado accionado que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esa decisión, *“proceda a dictar nuevamente el fallo que en derecho corresponda, valorando en conjunto las pruebas aportadas dentro del proceso en la forma que manda el artículo 176 del Código General del Proceso, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”*¹⁵.

¹⁰ Folio 152 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 150 del cuaderno principal.

¹² Folios 140, 141 y 148 del cuaderno principal.

¹³ Folios 146 a 148 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 154 a 163 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 163 del cuaderno principal.

3.1.2. Para fundamentar lo anterior, en primer lugar, el Tribunal realizó el estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, esgrimiendo que *“la cuestión tiene relevancia constitucional toda vez que se aduce la vulneración al debido proceso por defectos: procedimental absoluto, sustantivo y fáctico. La decisión judicial objeto de reproche que concedió la custodia compartida de los menores, no es susceptible de recurso alguno, razón por la cual la parte actora no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos fundamentales. El lapso transcurrido entre la providencia discutida -24 de julio de 2017- y el amparo constitucional -4 de septiembre de 2017-, es razonable para el ejercicio de la acción. Y, no se trata de un fallo de tutela”*¹⁶.

En segundo lugar, el Tribunal analizó uno a uno los defectos que fueron propuestos por la accionante.

3.1.3. En tratándose del *defecto procedimental absoluto* por haber actuado el juez accionado completamente al margen del procedimiento establecido para el proceso de custodia y cuidado personal, el Tribunal concluyó que el mismo no se configura puesto que se le imprimió el trámite verbal sumario previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, norma que se encontraba vigente en ese distrito judicial al momento de proferir el auto admisorio, de notificar al demandado y de ejercer éste su derecho de contradicción, y de fijar por primera vez fecha para realizar la audiencia. Preciso que el juzgado accionado al reprogramar la audiencia, ajustó el procedimiento al tránsito legislativo ordenado por el artículo 625 del Código General del Proceso, por lo que la audiencia se celebró con base en los artículos 372 y 373 de la nueva ley procesal. Agregó que, en todo caso, ninguna de esas decisiones judiciales fueron objeto de queja al interior del proceso por parte de la allí demandante.

3.1.4. En lo atinente al *defecto material o sustantivo*, el Tribunal estimó que no se configuraba porque la sentencia cuestionada se cimentó sobre los artículos del Código Civil y del Código de la Infancia y la Adolescencia que eran aplicables al caso de custodia y al cuidado personal de los hijos como obligación de los padres, a la vez que se apoyó en el artículo 44 de la Carta Política.

3.1.5. Finalmente, de cara al *defecto fáctico* aducido por la actora, el Tribunal indicó que el accionado al proferir la sentencia del 24 de julio de 2017, *“soslayó el mandato contenido en el artículo 176 del Código General del Proceso que impone apreciar las pruebas en conjunto y exponer razonadamente el mérito que a cada una le asigne”*.

En procura de justificar lo anterior, explicó que en el proceso de custodia y cuidados personales de los niños S.I. y J.A., se efectuaron tres experticias que

¹⁶ Folio 159 del cuaderno principal.

corresponden a la visita social practicada por el Asistente Social del juzgado, la evaluación al grupo familiar realizada por psicología forense, y el informe psicológico que rindió la Comisaría de Familia de Los Patios. No obstante, el juez omitió analizar y valorar cada uno de esos dictámenes, y sobre todo, *“pretermitió exponer en su argumentación las razones por las cuales únicamente atendió lo conceptuado por la Psicóloga de la Comisaría de Familia desacatando el mandato legal en torno a la valoración probatoria, sin realizar un estudio profundo de la totalidad de los conceptos de los expertos, máxime cuando se aprecian contradicciones entre lo conceptuado por el psicólogo forense y el trabajador social, frente a las conclusiones a las que llegó la psicóloga de la Comisaría”*¹⁷.

Bajo ese norte, el Tribunal destacó que tanto el informe rendido por el asistente social, como los dictámenes del Medicina Legal, contenían manifestaciones contundentes sobre la influencia negativa del padre en la conducta de los niños S.I y J.A. Por consiguiente, señaló que dejar de valorar esas pruebas se tradujo en una *“cómoda posición de asignar la custodia compartida con base exclusivamente en las apreciaciones de la psicóloga de la Comisaría de Familia, sin exponer una motivación razonada del por qué las conclusiones de esta funcionaria le ofrecen mayores garantías de bienestar integral a los menores y por qué desatiende o desecha las conclusiones y observaciones hechas tanto por el psicólogo forense como por el trabajador social de su despacho, limitándose a asegurar en su decisión que la variación de la custodia implicaría un posible ‘traumatismo a los niños’ pero sin develar el fundamento de tal aserto, a objeto de que no sea mirado como una simple apreciación del funcionario sino que encuentre suficiente soporte probatorio”*¹⁸.

3.1.6. A partir de las anteriores consideraciones, el Tribunal afirmó que el juzgado accionado desatendió su deber de realizar una valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el plenario, lo que condujo a la expedición de una sentencia arbitraria y caprichosa *“haciendo ostensible, flagrante y manifiesto el defecto fáctico”*.

3.2. Solicitud de aclaración del fallo y auto que la resolvió

3.2.1. La parte accionante pidió al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil – Familia, que aclarara la sentencia de primera instancia constitucional en el sentido de ordenar al juez accionado que se abstuviera de efectuar cualquier tipo de valoración en relación con el dictamen emitido por la psicóloga de la Comisaría de Familia de Los Patios, por cuanto su recaudo en el proceso de custodia y cuidados personales de los niños S.I. y J.A. no ocurrió a petición de las partes, ni tuvo su origen en los poderes oficiosos del juez.¹⁹

¹⁷ Anverso folio 161 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 162 y anverso del mismo, cuaderno principal.

¹⁹ Folios 178 y 179 del cuaderno principal.

3.2.2. La aclaración de ese fallo fue negada por el Tribunal en auto del 29 de septiembre de 2017, al estimar que no existían conceptos o frases que generaran duda y que estuvieran consignadas en la parte resolutive de la sentencia o influyeran en ella.²⁰

3.3. Impugnación de la decisión de primera instancia

Por intermedio de apoderado judicial, el interviniente *Y.V.* impugnó la decisión de primera instancia, solicitando que la misma se revoque y, en su lugar, se niegue el amparo constitucional por improcedente porque la sentencia cuestionada se apoyó en todo el material probatorio decretado y recaudado en el trámite del proceso de custodia y cuidados personales de los menores *S.I.* y *J.A.*, en especial, en los dictámenes practicados, en las declaraciones rendidas por los testigos y, en los interrogatorios de cada una de las partes.

Resaltó como crucial la declaración de la abuela materna de los niños la cual, en palabras del interviniente, adujo que él es un padre extraordinario dedicado a satisfacer todas las necesidades afectivas, de formación y económicas de *S.I.* y *J.A.* Además, precisó que *“esta declaración tiene un significado importante pues establece un perfil no beneficioso para el entorno familiar de los menores, todo lo concerniente al comportamiento de la señora A.L. y su nuevo compañero”*²¹.

Por último, planteó que los dictámenes de Medicina Legal *“contienen un análisis sesgado, parcializado y desconsiderado”*, ya que tanto el padre como la madre de los niños cuentan con calidades socio morales óptimas para ejercer la custodia, como en efecto lo concluyó el juez accionado al establecerla de forma compartida *“respetando los espacios de tiempo de manera equilibrada para los dos padres”*²².

3.4. Decisión de segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia del 26 de octubre de 2017, revocó el fallo impugnado y negó la protección constitucional solicitada por la actora.²³

Fundamentó su decisión en que el juzgado accionado luego de apreciar y valorar los medios probatorios que obraban en el proceso que se cuestiona, *“pudo finiquitar que ambos padres contaban con las calidades sociales y morales para tener el cuidado personal de sus hijos menores, por lo que en virtud del interés superior de éstos, era necesario conceder la custodia*

²⁰ Folios 190 y 191 del cuaderno principal.

²¹ Folio 186 del cuaderno principal.

²² Folio 187 del cuaderno principal.

²³ Folios 4 a 10 del cuaderno 2.

conjunta a ambos, solución que contrario a lo considerado por el Tribunal Constitucional de primera instancia, no luce para esta Sala como fruto de capricho del operador judicial, lo que torna improcedente la salvaguarda aquí reclamada”²⁴.

Indicó que la intención de la accionante es que en sede de tutela se realice una nueva valoración probatoria, lo cual *“descalifica de entrada su reclamo constitucional, pues aunque la Corte pudiera o no compartir el entendimiento utilizado por el juzgado accionado en la sentencia motivo de cuestionamiento, ello es insuficiente para invalidar lo resuelto”²⁵.*

Precisó que si bien la figura de la custodia compartida no se encuentra regulada expresamente en nuestra legislación de familia, lo cierto es que dicho concepto no riñe para nada con la situación socio familiar que halló probada el juzgado accionado, ya que propende porque ambos padres participen en el crecimiento y la crianza de los niños, en cuyos intereses debe concentrarse el esfuerzo del juzgador para tomar la decisión que les resulte más favorable.

Finalizó señalando que tampoco se configura el defecto procedimental absoluto que alega la accionante, más aún cuando pudo manifestarlo en el curso del trámite judicial, por lo que advirtió una falta de diligencia en el uso de las herramientas jurídicas para procurar la defensa de sus derechos, que no puede superarse a través de la acción de tutela que tiene un carácter subsidiario y residual.

4. Pruebas que obran en el expediente de tutela

- Copia del acta de audiencia inicial dentro del proceso de custodia y cuidados personales radicado No. 2015-00588, que se llevó a cabo el 24 de julio de 2017 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Los Patios. Allí se agotaron las etapas de conciliación (fracasada), fijación del litigio, pruebas escuchando en interrogatorio a la demandante y al demandado, y de alegatos de conclusión. Después de un receso se continuó con la audiencia en la cual se profirió el fallo de única instancia que se cuestiona (folios 24 a 36 cdno 1).
- Certificados de afiliación a la EPS Commeda de A.L. y los niños S.I. y J.A. expedidos el 30 de agosto de 2017, con la nota de encontrarse activos en el sistema (folios 37 a 39 cdno 1).
- Copia del resultado de búsqueda en el FOSYGA de la afiliación del señor Y.V. al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el cual se observa que se encuentra afiliado al régimen subsidiado desde el 1º de agosto de 2017 en la EPS Medimas, con estado activo (folio 40 cdno 1).
- Certificado original expedido el 30 de agosto de 2017 por la Administradora del colegio XX, en el cual consta la deuda de pensión de los niños S.I. y J.A. por \$2.238.000 y \$2.115.400 respectivamente (folio 41 cdno 1), así como un compromiso de pago firmado por la señora A.L. (folios 42 y

²⁴ Folio 8 del cuaderno 2.

²⁵ Anverso folio 8, cuaderno 2.

43 cdno 1).

- Copia del derecho de petición presentado a Rentabien Inmobiliaria por el padre de la señora A.L., en la cual informa que en su calidad de codeudor de un inmueble arrendado a Y.V. allega unos recibos de pagos que realizó el peticionario ante la mora que presenta el arrendatario principal (folios 45 a 51 cdno 1).
- Copia de la carta del 8 de abril de 2017 dirigida al padre de la accionante por parte de Rentabien Inmobiliaria, en la cual se avisa el inicio de actuaciones judiciales y cobro ejecutivo por mora en el pago de los cánones de arriendo de un bien inmueble por parte de Y.V., del cual aquel es codeudor (folio 52 cdno 1).
- Copia de la carta enviada por el padre de la accionante al señor Y.V., indicándole que ante la mora en el pago de los arriendos deberá buscar otro codeudor (folio 53 cdno 1), situación que también fue reportada a Rentabien Inmobiliaria (folio 54 cdno 1).
- Copia de la consignación de depósito judicial de A.L. al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Los Patios por valor de \$400.000 correspondiente a cuota mensual de alimentos del mes de agosto de 2017 (folio 56 cdno 1).
- Historia clínica de atención de urgencias a la niña S.I, fórmulas médicas y facturas por compra de medicamentos (folios 57 a 69 cdno 1).
- Copia del informe social rendido por el Asistente Social del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Los Patios el 7 de marzo de 2016, con el fin objetivo de *“conocer el contexto sociofamiliar del padre y de la madre de los niños [S.I. y J.A.], a fin de determinar quién de los dos ofrece mejores garantías de los derechos y cuidados de sus hijos”* (folios 70 a 73 cdno 1).
- Copia del Auto del 19 de mayo de 2016 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Los Patios, en el cual se deja constancia que las partes de mutuo acuerdo solicitaron suspender la audiencia inicial. Además, el juez aprovechó la oportunidad para decretar pruebas de oficio (folio 74 y 75 cdno 1).
- Copia de los dictámenes periciales rendidos en el año 2016 por Medicina Legal respecto de Y.V., A.L., S.I. y J.A., de acuerdo a la solicitud oficiosa que realizó el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Los Patios (folios 76 a 108 cdno 1).
- Copia de los dictámenes periciales rendidos en el año 2014 por Medicina Legal respecto de Y.V., A.L., S.I. y J.A., los cuales fueron remitidos al Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de Los Patios (folios 114 a 131 cdno 1).

5. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

4.1. En Auto del 3 de abril de 2018 y con fundamento en el artículo 64 del Reglamento Interno de esta Corporación, los integrantes de la Sala Séptima de Revisión decretaron varias pruebas así:

En primer lugar, ordenaron que el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Los

Patios (Norte de Santander) remitiera en calidad de préstamo a la Corte Constitucional, el expediente del proceso de custodia y cuidados personales No. Rad. 54405 31 84 001 **2015 00588** 00, que instauró *A.L.* contra *Y.V.*

En segundo lugar, invitaron a participar en el trámite de la referencia a la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; a UNICEF Colombia; al Observatorio sobre Infancia de la Universidad Nacional de Colombia; a las facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Universidad de La Sabana y de la Universidad del Rosario, y a la organización Alianza por la Niñez Colombiana, para que emitieran concepto sobre los siguientes puntos:

- a) *“El ejercicio de la custodia compartida de los hijos cuando los padres se encuentran separados de hecho, divorciados o el vínculo matrimonial ha sido declarado nulo.*
- b) *¿Qué ventajas se pueden identificar para las niñas, los niños y los adolescentes, cuyos padres se encuentran separados de hecho, divorciados o con vínculo matrimonial declarado nulo, pero deciden de forma conjunta ejercer la custodia y los cuidados personales de los hijos?*
- c) *¿Qué desventajas se pueden auscultar para las niñas, los niños y los adolescentes, cuyos padres separados de hecho, divorciados o con vínculo matrimonial declarado nulo, deciden de forma conjunta ejercer la custodia y los cuidados personales de los hijos?*
- d) *Ilustración sobre el modelo de custodia compartida de los hijos en otros países: enfoque social, jurídico y psicológico”.*

En tercer lugar, dispusieron que una vez recibidos los anteriores conceptos, la Secretaría General de la Corte Constitucional debía ponerlos a disposición de las partes o terceros con interés, por un término de tres (3) días, para que se pronunciaran sobre los mismos.

Finalmente, en ese mismo Auto se suspendieron los términos para resolver el presente asunto hasta que el material probatorio fuese allegado y se surtiera el traslado de los conceptos solicitados. Además, señalaron que una vez ingresara el asunto de nuevo al despacho sustanciador, la Sala de Revisión tendría un término máximo de 3 meses siguientes al recibido efectivo de la última prueba, para proferir el respectivo fallo de tutela.

4.2. El 17 de abril de 2018, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF radicó ante la Corte el concepto solicitado.

Frente al ejercicio de la custodia compartida de los hijos cuando los padres se encuentran separados de hecho, divorciados o el vínculo matrimonial ha sido

declarado nulo, el ICBF explicó que se trata de un derecho de los hijos y una obligación de los padres o representantes legales respecto de la crianza, educación, orientación, conducción, formación de hábitos y disciplina, entre otros.

Precisó que si bien la figura de la custodia compartida no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, no se pueden desconocer los casos en que los padres de común acuerdo regulan la custodia de sus hijos de forma compartida, estableciendo las fechas o temporadas en las que se desarrollará su ejercicio. De allí adujo que la custodia compartida es una figura viable en beneficio del interés superior de los menores. Agregó que en caso de existir controversia entre los padres, debe ser la autoridad administrativa o el juez de familia, según el caso, quienes definan la custodia en cabeza de alguno de los padres. Resaltó que en algunas oportunidades la custodia compartida ha sido habilitada por las autoridades judiciales cuando se comprueba que ambos padres ofrecen condiciones adecuadas para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Así pues, señaló que:

“(...) el ejercicio de la custodia compartida de los hijos depende en gran medida del estudio y análisis de aspectos o variables para cada familia en particular, tales como la estabilidad emocional de cada uno de los padres, las edades de los hijos e hijas, como conocer si cada uno de los padres tiene la estructura psíquica que le posibilite asumir y desempeñar eficientemente su rol de padre o madre, para la resolución pacífica de los conflictos que originaron la separación y para llegar a los mínimos acuerdos de respeto, tolerancia y conciliación de compromisos, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente y no solamente los intereses particulares de los adultos. De igual forma, se deben tener en cuenta las condiciones socioeconómicas y el contexto cultural en el que se desarrolla la vida laboral, económica, familiar y social de cada uno de los progenitores, determinando si estas situaciones facilitan, entre otros aspectos, el traslado de residencia de los niños, niñas y adolescentes de un lugar a otro, así como las instituciones educativas donde estudian”²⁶

Seguidamente, en cuanto a las ventajas y desventajas que se pueden identificar en el ejercicio de la custodia compartida de los hijos, el ICBF señaló que no cuenta con estudios específicos al respecto. Después de ello, explicó que a nivel internacional varios países contemplan expresamente la regulación de la custodia compartida, destacándose Chile, España, Francia, Italia y algunos estados de Estados Unidos; mientras que otros países como Alemania, Dinamarca, Eslovenia, Holanda, Hungría, Portugal, Suecia y Austria a pesar de no tener la figura expresamente en sus legislaciones, sí permiten a los padres celebrar acuerdos de custodia compartida, sumado a que el juez goza de amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre la custodia del hijo en función del interés superior del menor, de manera que puede decidir

²⁶ Folio 59 del cuaderno de la Corte Constitucional.

otorgar la autoridad parental conjunta cuando lo considere procedente.

4.3. Por su parte, el 25 de abril de 2018, el Decano de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana radicó ante la Corte el concepto que elaboraron dos psicólogos docentes de esa facultad.

Respecto al ejercicio de la custodia compartida, plantearon que es un modelo que reporta grandes ventajas porque elimina el binomio vencedor-vencido en los procesos judiciales de disolución del vínculo matrimonial o marital, en tanto la co-parentalidad mantiene a los progenitores en contacto constante con los hijos y participan activamente de su crianza y cuidados, mientras la custodia exclusiva en algunos casos propicia el conflicto y la alienación. De hecho, señalaron que los hijos que disfrutan de custodia compartida están mejor adaptados porque ambos padres están dispuestos a procurar el bienestar y el desarrollo personal de los menores.

Resaltaron que los acuerdos de custodia compartida deben tener en cuenta los siguientes componentes: *“buena relación (de respeto) y comunicación entre los padres, un vínculo positivo del/los niños con ambos padres sin preferencias particulares, y congruencia entre los estilos parentales, igualmente se debe garantizar que ambos padres cuenten con la capacidad de dar cumplimiento a la custodia compartida y proporcionar un entorno adecuado a los hijos, siempre conforme a su edad”*²⁷. Además de ello, indicaron que de preferencia los domicilios deben ser próximos y los deberes laborales de los padres deben favorecer la dinámica de la custodia compartida, es decir, que tengan tiempo para compartir con los hijos y que en el entorno se cuente con la posibilidad de interactuar con la familia. Precisaron que si la mayoría de esos componentes y condiciones no se presentan en un caso específico, la custodia compartida generaría conflictos e incluso enfrentamientos entre los padres que tendría un efecto negativo en los hijos.

Haciendo una especial referencia a las ventajas de la custodia compartida, los psicólogos intervinientes explicaron que los hijos suelen estar felices al estar con su madre y con su padre porque se genera una relación saludable y cercana. De esa forma, (i) se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; (ii) se evita el sentimiento de pérdida en los menores; (iii) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y, (iv) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los hijos, que ya se ha venido desarrollando con eficacia.

De otro lado, en cuanto a las desventajas que puede aparejar la custodia compartida, plantearon los desacuerdos en estilos educativos o las pautas de crianza entre ambos padres que dificultan la estabilidad de los menores en cuanto a normas, la falta de aptitud parental para atender el cuidado y atención de las necesidades del hijo, o la opinión y el deseo del menor de vivir con uno de los padres. Sin embargo, los psicólogos intervinientes resaltaron que la

²⁷ Folio 75 del cuaderno de la Corte Constitucional.

mayor desventaja proviene de la falta de articulación entre los progenitores y su distanciamiento hostil.

4.4. Posteriormente, en Auto del 3 de mayo de 2018 la magistrada sustanciadora puso en evidencia que, a pesar de obrar en el expediente información remitida por el juzgado accionado mediante correo electrónico indicando el envío del proceso de custodia y cuidados personales No. Rad. 54405 31 84 001 2015 **00588** 00, lo cierto era que para esa fecha aún no se tenía noticia del recibido del proceso en esta Corporación. Lo anterior generó que se solicitara al juzgado accionado copia del oficio remisorio y de la guía de entrega del mencionado proceso en esta Corte, con lo cual se pudo ubicar el mismo hasta el 23 de mayo de 2018. Esa fecha se tuvo como recepción de la última prueba en el asunto de la referencia.

4.5. En Auto del 29 de mayo de 2018, la magistrada sustanciadora ordenó a la Secretaría General de esta Corporación que, en aras de dar cumplimiento al artículo 64 del Reglamento Interno, pusiera a disposición de las partes o terceros con interés, por el término de tres días el material probatorio allegado en el expediente de la referencia, para que pudieran pronunciarse sobre el mismo. Durante ese término procesal, la accionante A.L. solicitó que los conceptos del ICBF y de la Universidad de La Sabana le fueran remitidos por medios electrónicos, a lo cual se accedió en Auto del 8 de junio de 2018.

4.6. El 18 de junio de 2018, el apoderado judicial de la accionante A.L. remitió a esta Corporación memorial solicitando *“la complementación y/o adición de los conceptos emitidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana”*, pretendiendo –en términos generales- que ampliaran sus conceptos haciendo una valoración de las pruebas que obran en el proceso de custodia y cuidados personales que se cuestiona. Dicha petición fue finalmente negada por improcedente, mediante Auto del 9 de agosto de 2018.²⁸

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 inciso 3° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

²⁸ Inicialmente esa petición fue rechazada por extemporánea, pero luego el apoderado de la actora acreditó que la misma fue interpuesta en la debida oportunidad procesal, por lo cual la magistrada sustanciadora abordó su estudio material concluyendo que la misma debía negarse por improcedente.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver:

(i) Determinar si la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para cuestionar presuntas irregularidades procesales acontecidas en el trámite del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal que formuló *A.L.* contra *Y.V.* respecto de los niños *S.I.* y *J.A.* de 9 y 7 años de edad, así como para censurar la sentencia de única instancia que profirió el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios el 24 de julio de 2017, dentro de ese trámite judicial.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa habilitando la procedencia general de la acción tutela contra providencia judicial, la Sala deberá establecer materialmente si el juzgado accionado desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia que le asisten a la accionante *A.L.*, así como el interés superior de los niños *S.I.* y *J.A.*, al otorgar la custodia compartida a ambos padres en la sentencia de única instancia de fecha 24 de julio de 2017.

Para tal fin, deberá examinar concretamente si el juzgado accionado incurrió en (ii) *defecto procedimental absoluto*, supuestamente por imprimir al proceso el trámite verbal sumario previsto en el derogado Código de Procedimiento Civil, además por postergar y suspender la audiencia única en múltiples ocasiones sin imponer las sanciones legales al demandado *Y.V.* y su apoderado judicial, y, por tramitar una excepción equivalente a la de cosa juzgada sin que hubiese sido propuesta por el demandado mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda. Además de ello, deberá determinar si el fallo judicial censurado incurrió en (iii) *defecto sustantivo* al reconocer y aplicar la figura de la custodia compartida para ambos padres en favor de los niños *S.I.* y *J.A.*, y (iv) *defecto fáctico por vía negativa*, al presuntamente dejar de valorar pruebas relevantes que demuestran la falta de idoneidad de *Y.V.* para ejercer la custodia y el cuidado personal de sus dos hijos menores de edad, y por el contrario, apoyarse en una prueba que no fue decretada ni controvertida en el trámite judicial.

Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Especial énfasis en los defectos procedimental absoluto, sustantivo y fáctico; (ii) el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella. La custodia compartida y la custodia monoparental; y, luego analizará (iii) el caso concreto.

3. Requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Especial énfasis en los defectos

procedimental absoluto, sustantivo y fáctico. Reiteración de jurisprudencia:

3.1. Esta Corporación, actuando como guardiana de la integridad y supremacía del texto constitucional, ha determinado unas reglas claras sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta línea se basa en la búsqueda de una ponderación adecuada entre dos elementos fundamentales del orden constitucional: la primacía de los derechos fundamentales y el respeto por los principios de autonomía e independencia judicial²⁹.

Precisamente, en desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales, deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad desde el punto de vista constitucional, a saber: (i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución. Si se acredita con suficiencia que la decisión judicial cuestionada incumple estos presupuestos de legitimidad, surge la necesidad de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto, mediante la intervención excepcional del juez tutelar.

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado³⁰, lo que se opone a que se use

²⁹ Al respecto ver sentencias T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger), T-474 de 2017 (MP Iván Humberto Escrucería Mayolo), T-018 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), citada en la sentencia T-757 de 2009. Así mismo, en las sentencias T-310 de 2009 y T-555 de 2009 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte señaló que “(...) la procedencia de la acción de tutela contra sentencias es un asunto que comporta un ejercicio de ponderación entre la eficacia e la mencionada acción [de tutela] –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica”.

³⁰ Al respecto, la sentencia T-310 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) indicó: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”. Sobre el punto también se puede consultar la sentencia T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con la Carta Política. Empero, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial; en esos especiales casos es que se habilita el amparo constitucional.

3.2. En desarrollo de esas premisas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005³¹, estableció de forma unánime un conjunto sistematizado de requisitos estrictos, de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos fundamentales afectados por una providencia judicial.

Ellos se dividen en dos grupos: (i) los requisitos generales, que están relacionados con condiciones fácticas y de procedimiento, las cuales buscan hacer compatible dicha procedencia con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional; y, (ii) los requisitos específicos, que se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.

3.3. Así, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes, siguiendo lo definido por esta Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005:

3.3.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

3.3.2. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-, de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.

3.3.3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

³¹ En esta sentencia se declaró la inexequibilidad de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, relacionado con la sentencia de casación penal.

3.3.4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

3.3.5. Que la accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos conculcados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos en la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

3.3.6. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida. Además de ello, la Corte ha señalado la imposibilidad de atacar mediante acción de tutela los fallos dictados por las Salas de Revisión y la Sala Plena de esta Corte en sede de tutela, así como las sentencias proferidas en control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado.

3.4. Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes³²:

3.4.1. *Defecto orgánico*, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

3.4.2. *Defecto procedimental absoluto*, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

3.4.3. *Defecto fáctico*, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

3.4.4. *Defecto material o sustantivo*, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

3.4.5. *Error inducido*, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

³² Para tal fin, se sigue de cerca la sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

3.4.6. *Decisión sin motivación*, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Así, este defecto se configura ante la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido.

3.4.7. *Desconocimiento del precedente*, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

3.4.8. *Violación directa de la Constitución*, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.5. Ahora bien, en alusión específica a los defectos *procedimental absoluto, sustantivo y fáctico* que ocupan la atención de la presente decisión, la jurisprudencia constitucional los ha caracterizado de la siguiente manera, a saber:

3.5.1. ***Defecto procedimental absoluto***: Esta causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales encuentra su sustento en los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, al igual que en el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (artículos 29, 228 y 229 superiores).

Según decantó esta Corporación de forma unánime en la sentencia SU-773 de 2014³³, el defecto procedimental absoluto se configura cuando “*el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso*”. Es decir, cuando el juez de conocimiento del proceso actúa totalmente al margen de las formas propias de cada juicio, en tanto no se somete a los requisitos establecidos en la ley sino que obedece a su propia voluntad, en contravía de las garantías previstas en las normas procesales para los sujetos que intervienen en cada juicio.

³³ Sentencia SU-773 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

De hecho, la irregularidad procesal capaz de estructurar este defecto debe ser de tal magnitud que sus consecuencias afecten materialmente derechos fundamentales, en especial el debido proceso. De no predicarse dicha afectación, la irregularidad se torna inocua al carecer de la gravedad y la trascendencia necesarias, por cuanto no interfiere en el contenido y alcance de las garantías iusfundamentales.

Al respecto, resulta pertinente señalar que la trascendencia del defecto procedimental absoluto como condición para declarar su incompatibilidad con la eficacia del derecho al debido proceso, es un asunto tratado por la Corte en distintas oportunidades. Sobre el tópico, la jurisprudencia ha determinado que *“la acreditación de ese defecto depende del cumplimiento de dos requisitos concomitantes: (i) que se trate de un error de procedimiento grave, que tenga incidencia cierta y directa en la decisión de fondo adoptada por el funcionario judicial correspondiente, de modo tal que de no haber incurrido en el error el sentido del fallo hubiera sido distinto, rasgo que el yerro procedimental absoluto comparte con el defecto fáctico antes estudiado; y (ii) que tal deficiencia no sea atribuible a quien alega la vulneración del derecho al debido proceso”*³⁴.

De allí que, según precisó esta Corte en la sentencia SU-565 de 2015³⁵, el defecto procedimental absoluto requiere *“(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía; (ii) que el defecto incida de manera directa en la decisión; (iii) que la irregularidad se haya alegado al interior del proceso, a menos que ello hubiere sido imposible conforme a las circunstancias del caso; y (iv) que, como consecuencia de lo anterior se vulneren derechos fundamentales”*. Significa lo anterior que se trata de una causal calificada que debe evaluar en detalle el juez constitucional³⁶ y que en ningún caso procede cuando el defecto es atribuible a una actuación del afectado³⁷.

En este orden de ideas, se puede afirmar que el defecto procedimental absoluto se configura cuando el funcionario judicial haya actuado completamente al margen del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico. Además de lo anterior, también se puede señalar que esta causal tiene una naturaleza calificada, pues para su configuración se debe cumplir con la exigencia de que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responda únicamente al capricho y a la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconozca el derecho fundamental al debido proceso.

³⁴ Sentencia T-267 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

³⁵ Sentencia SU-565 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo).

³⁶ Sentencia T-319 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

³⁷ Sentencia T-474 de 2017 (Iván Humberto Escrucería Mayolo).

3.5.2. **Defecto sustantivo o material** se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”³⁸. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017³⁹, la cual se transcribe en lo pertinente:

“Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente⁴⁰, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia⁴¹, (c) es inexistente⁴², (d) ha sido declarada contraria a la Constitución⁴³, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador⁴⁴; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable⁴⁵ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”⁴⁶ o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes⁴⁷, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva⁴⁸ o contraria a la Constitución⁴⁹; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”⁵⁰; (vi) cuando la decisión se funda en

³⁸ Sentencia T-792 de 2010 (Jorge Iván Palacio Palacio).

³⁹ (MP Alberto Rojas Ríos). Sobre el punto también se puede consultar la sentencias SU-817 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). SU-632 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-189 de 2005.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2004.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2006.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-018 de 2008.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2007.

⁵⁰ Corte Constitucional, T-231 de 1994. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente

una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso⁵¹ o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto⁵²”.

Y es que, la independencia y la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar una norma jurídica en la solución del caso sometido a su estudio, no es absoluta, pues la actividad judicial debe desarrollarse dentro del parámetro de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución que pueden afectarse con la indebida interpretación de una norma, con su inaplicación y con la aplicación de un precepto inexistente. Es decir, que dicha actividad debe ceñirse al carácter normativo de la Constitución (artículo 4º de la CP), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2º Superior), de la primacía de los derechos humanos (artículo 5º de la Constitución), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 Superior).⁵³

Ahora bien, por ser relevante para el caso que nos ocupa, el defecto sustantivo por aplicación de una norma inexistente se configura cuando el operador judicial da solución a un asunto basado en una aparente disposición que carece de todo soporte constitucional y legal⁵⁴. A su vez, el defecto sustantivo por interpretación se estructura cuando (i) el funcionario judicial le otorga a la norma un sentido y alcance que ésta no tiene, de tal suerte que la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contra legem o irrazonable y desproporcionada a los intereses legítimos de las partes; y, (ii) la autoridad judicial le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero con clara contravención de postulados constitucionales.⁵⁵

De lo anterior se desprende que, para que la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto constituya un defecto sustantivo es preciso que el funcionario judicial en su labor hermenéutica desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales. Quiere ello decir que el juez en forma arbitraria y caprichosa actúa en desconexión del ordenamiento jurídico. Y ello es importante indicarlo porque no es posible la intervención del juez de tutela cuando la interpretación resultante de la norma y su aplicación al asunto respectivo sean plausibles, constitucionalmente admisibles o razonables.

deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2004.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

⁵³ Sentencia SU-050 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁴ Sentencia T-800 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería).

⁵⁵ Sobre el punto se pueden consultar las sentencias SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y SU-400 de 2012 (MP Adriana Guillen Arango).

3.5.3. El *defecto fáctico*, según precisó la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU-817 de 2010⁵⁶, tiene lugar “cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva o constituye un ostensible desconocimiento del debido proceso, esto es, cuando el funcionario judicial (i) deja de valorar una prueba aportada o practicada en debida forma y que es determinante para la resolución del caso, (ii) excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia o (iii) valora un elemento probatorio al margen de los cauces racionales”. En esos casos, corresponde al juez constitucional evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso, lo que se traduce en que el juez constitucional debe emitir un juicio de evidencia en procura de determinar si el juez ordinario incurrió en un error indiscutible en el decreto o en la apreciación de la prueba.

También ha dicho la Corte que el defecto fáctico debe tener una relación intrínseca con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la sentencia hubiera adoptado un sentido distinto. Quiere ello decir que, el yerro debe ser relevante, no solo en términos de protección del derecho al debido proceso, sino también respecto a la controversia jurídica materia de la decisión judicial⁵⁷.

Adicionalmente, es pertinente resaltar que el defecto fáctico se estructura por dos vías o dimensiones: (i) una *positiva*, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada a la luz de los postulados de la sana crítica, o la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello; y, (ii) una *negativa*, que se configura por la omisión de valorar una prueba determinante o de decretar pruebas de carácter esencial para identificar los hechos analizados por el juez, aún siendo su deber oficioso.

Ahora bien, esta Corporación identificó de forma sintética las manifestaciones que pueden llegar a configurar un defecto fáctico, las cuales resumió en la sentencia SU-195 de 2012⁵⁸, reiterada en las sentencias SU-515 de 2013⁵⁹ y SU-004 de 2018⁶⁰, así:

“1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas. Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio. Se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o

⁵⁶ Sentencia SU-817 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁵⁷ Sentencia T-310 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁸ Sentencia SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵⁹ Sentencia SU-515 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶⁰ Sentencia SU-004 de 2018 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.

3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio. Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.”

Lo anterior refleja la manera como la Corte entiende el defecto fáctico y, en consecuencia, corresponde a los jueces constitucionales examinar, en cada caso concreto, si el error en el juicio de valoración de la prueba posee tal alcance para *“que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”*⁶¹.

En ese orden de ideas, la labor del juez constitucional en el análisis de un defecto fáctico debe estar dirigido a determinar si el ejercicio probatorio realizado por un juez ordinario va en contravía del ordenamiento jurídico, ya sea porque omitió decretar o valorar una prueba determinante en el proceso, lo hizo de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o desconoció las circunstancias que de manera clara se deducen de ella. No obstante, ese ejercicio encargado al juez de tutela no puede desconocer las facultades discrecionales del juez natural, sino que debe respetar el principio de autonomía judicial y, en todo caso, corresponderá a las particularidades de cada caso concreto.

3.6. Visto lo anterior, la Sala Séptima de Revisión procederá seguidamente a realizar un estudio con enfoque constitucional, sobre el ejercicio de la custodia y los cuidados personales como deber de los padres en beneficio de los hijos, con el fin de fijarle un alcance como institución del derecho de familia y de menores que responda a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, así como al interés superior que les asiste.

4. El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella. La custodia compartida y la custodia monoparental

⁶¹ Sentencia T-006 de 2018 (MP Alberto Rojas Ríos). En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias T-663 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), T-021 de 2018 (MP José Fernando Reyes Cuartas) y T-074 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

4.1. Los artículos 5 y 42 de la Constitución consagran que la familia, en sus diversas formas de constituirse, es el núcleo fundamental de la sociedad y por ello corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral. Las relaciones paterno-filiales, matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivas se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos los integrantes de la familia. De allí que si bien el texto superior consagra el derecho a la autodeterminación reproductiva como una facultad para decidir libre y responsablemente el número de hijos, también impone el deber a los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o impedidos. De tal forma que, corresponde a la ley definir los lineamientos de la progenitura responsable (art. 42 inc 8° de la C.P.), siempre teniendo como horizonte constitucional los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, en especial los derechos a tener una familia y no ser separados de ella, a la educación, al cuidado y al amor (art. 44 superior).

De hecho, la consagración de la igualdad entre los integrantes de la familia, y en particular de los miembros de la pareja -entre ellos mismos y frente a sus derechos y deberes como padres-, se encuentra ligada en Colombia a las progresivas reformas al Código Civil y a las nuevas leyes que reconocieron a la mujer las mismas prerrogativas que antes correspondían únicamente al hombre y padre de familia.

Así, la expedición del Decreto 2820 de 1974 “[p]or el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones” fijó la potestad parental en cabeza de ambos padres y, por ende, la igualdad de derechos y deberes sobre los hijos no emancipados, instituyendo disposiciones que promueven la dirección conjunta del hogar y del sostenimiento de la familia. También el Decreto 772 de 1975 introdujo modificaciones al Código Civil estableciendo que ambos padres debían encargarse conjuntamente de la crianza y la educación de sus hijos. Otras normas más recientes como la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establecen en cabeza de ambos padres por igual la responsabilidad sobre sus hijos y el cumplimiento de los deberes paterno-filiales.

4.2. Pues bien, la progenitura responsable tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con el deber de crianza y cuidados personales que los padres deben asumir frente a los hijos. A partir de ella se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

4.2.1. En tratándose de la patria potestad, la versión modificada del artículo 288 del Código Civil la define como un conjunto de derechos que la ley le reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos

el cumplimiento de los deberes que como padres deben asumir. Dada su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar su desplazamientos dentro y fuera del país. En todo caso, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional, *“los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado”*⁶².

Se trata entonces de una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas.⁶³ De allí que, la patria potestad sea reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres⁶⁴, sino como una institución instrumental que permite a éstos garantizar los derechos de sus hijos y servir al logro del bienestar de los menores.

4.2.2. Por su parte, otro de los compromisos de vital importancia que deben asumir los padres en la progenitura responsable, es el deber de custodia y cuidado personal frente a los hijos menores que se relaciona con el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y costumbres.

Justamente, el artículo 253 del Código Civil indica que *“toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”*. Significa lo anterior que la progenitura responsable parte de la base del ejercicio de la custodia y el deber de cuidado personal de los hijos en cabeza de ambos padres, y solo por vía excepcional, a uno de éstos. Si ambos padres presentan inhabilidad física o moral, es decir, carecen de la idoneidad debida, el artículo 254 del Código Civil consagra la posibilidad de que los cuidados de los hijos los puedan cumplir terceras personas que el juez estime competentes, prefiriendo en todo caso a los abuelos y familiares más próximos, ya que lo que se pretende es rodear a los niños, las niñas y los adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales.

De allí que la regla general permita afirmar que ambos padres encargados del cuidado personal de los hijos tienen (*i*) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión

⁶² Sentencia C-997 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), reiterada en la sentencia C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

⁶³ Sentencia T-041 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz).

⁶⁴ Sentencia C-727 de 2015 (MP Myriam Ávila Roldán).

cualquier clase de violencia física o moral⁶⁵; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y, (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos.

Lo anterior encuentra mayor refuerzo con la expedición de la Ley 1098 de 2006, que consagra el actual Código de la Infancia y la Adolescencia. En esta normatividad especial fueron establecidas al menos tres normas relevantes: (i) el artículo 23, que instituye que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos titulares del derecho a que sus padres de forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para el desarrollo integral, es decir, se replica la obligación de los padres de ejercer conjuntamente la custodia y el cuidado personal de los hijos menores. De hecho, esa misma disposición extiende la obligación de cuidado personal a las personas que convivan con los niños, niñas y adolescentes en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales que por excelencia son los padres de familia bajo el amparo de la patria potestad; (ii) el artículo 14, que introdujo en la normatividad de infancia y adolescencia la figura de la *responsabilidad parental* la cual, además de ser un complemento de la patria potestad fijada por la legislación civil, establece en cabeza de los padres las obligaciones de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos menores dentro de su proceso de formación, lo cual incluye “*la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos*”; y, (iii) el artículo 10, que consagra el *principio de corresponsabilidad*, según el cual la familia y por ende los padres, son los primeros llamados a garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a través de su atención, cuidado y protección, concurriendo también el Estado y la sociedad.

Nótese que la normatividad de infancia y adolescencia es clara en determinar que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que ambos padres ejerzan su custodia para el desarrollo armónico e integral, a la vez que la responsabilidad parental les fija a éstos el deber conjunto de cuidado, amor y protección de los hijos que inicia desde la primera infancia y culmina cuando llegan a la edad adulta. Y ello es así en tanto el cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales de los niños al cuidado y al amor, al igual que propende por generarles una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental. Nada mejor que los hijos menores o impedidos crezcan en el seno familiar rodeados de un ambiente de

⁶⁵ En la sentencia C-371 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo), esta Corporación estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “*sancionarlos moderadamente*” que consagra el artículo 262 del Código Civil, tal como quedó redactado por la reforma que introdujo el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974. En esa oportunidad, si bien se declaró exequible la locución censurada, lo cierto es que la Corte en la parte resolutive indicó que en “*las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política*”.

felicidad, amor, comprensión y seguridad que les brinde sólidas bases para el desarrollo armonioso de su personalidad.

4.3. Ahora bien, el deber de custodia y cuidado personal de ambos padres frente a los hijos menores, además de responder a los lineamientos de la progenitura responsable y a la igualdad de derechos y obligaciones entre los progenitores, se justifica prevalentemente desde la perspectiva constitucional en el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y en el derecho que tienen a la unidad familiar.

4.4. De acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental y prevalente que se reconoce a sus derechos (art. 44 de la Constitución), buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. A partir de lo anterior, se ha consagrado el **principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes** que permitió variar la concepción del menor como objeto de protección, a la actual visión de sujeto titular de derechos prevalentes⁶⁶. Para establecer en el ámbito interno dicho principio, se han fijado ciertos criterios que permiten determinarlo, como a continuación se pasa a explicar.

4.4.1. La Convención sobre los Derechos de los Niños aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁶⁷, que fue ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (art. 93 superior), dispone en el

⁶⁶ En sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señaló al respecto lo siguiente: “*El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. // Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.*”

⁶⁷ Vale la pena resaltar que antes de la Convención de Derechos de los Niños, varios instrumentos internacionales hacen referencia a la protección especial que se debe dar a los niños, las niñas y los adolescentes. Dentro de ellos se encuentran: (i) la Declaración de Ginebra (1924), adoptada por la Sociedad de Naciones Unidas; (ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que plasmó en el artículo 25-2 que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencias especiales, por lo cual todos los niños tienen derecho a igual protección social; (iii) la Declaración de los Derechos del Niño (1959) donde se estipuló en forma expresa en el principio 2, que al promulgarse las leyes para hacer efectivos los derechos de los menores la principal consideración sería “*el interés superior del niño*”; (iv) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado internamente por la Ley 74 de 1968, incluyó expresamente en el artículo 24-1 una disposición señalando que los derechos de los niños están a cargo de la familia, la sociedad y el Estado; (v) el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), incorporado mediante la Ley 74 de 1968, también contempló en el artículo 10-3, una cláusula especial de protección a niños y adolescentes; y, (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada mediante la Ley 16 de 1972, reconoció en su artículo 19 que los niños tienen derechos de protección especial.

artículo 3.1 que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. De igual manera, el mismo instrumento internacional en el artículo 3.2 establece la obligación de los Estados Partes de comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, prescribe que deberán adoptarse por el Estado las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

4.4.2. El artículo 3.1 en comento fue objeto de especial interpretación y pronunciamiento por parte del Comité de los Derechos del Niño mediante la Observación General No. 14 aprobada el 29 de mayo de 2013, en la cual se precisó que el objeto del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. De tal forma que, la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en derechos, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual de los niños, niñas y adolescentes, además de promover su dignidad humana. De hecho, en esa oportunidad el Comité de los Derechos del Niño determinó que el interés superior del menor comprende tres dimensiones, a saber:

En primer lugar, consiste en un *derecho sustantivo* a que el interés superior del niño sea una consideración primordial tenida en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o a los niños en general.

En segundo lugar, es un *principio jurídico interpretativo fundamental*, conforme al cual, cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

En tercer lugar, se trata de una *norma de procedimiento*, de manera que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más niños, se deberá incluir una evaluación de las posibles repercusiones de la decisión en el o los menores de edad involucrados, dejando de presente explícitamente, que se tuvo en cuenta ese derecho. En este sentido, las autoridades “*deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos*”.⁶⁸

⁶⁸ Comité de Derechos de los Niños. Observación General No. 14 sobre el derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial, pág. 4.

Además de ello, el Comité interpretó en la misma Observación General No. 14 que (i) si bien el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos de los Niños señala expresamente que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades públicas y los órganos legislativos, son los llamados a garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ello no excluye a los padres de familia porque el artículo 18.1 de la misma Convención consagra que **ambos padres tienen obligaciones comunes frente a la crianza y el desarrollo del niño, por lo cual la preocupación fundamental de los progenitores también debe ser el interés superior del niño**⁶⁹; (ii) que los procedimientos judiciales en materia civil -incluyendo los asuntos de familia y menores-, en cualquier instancia, deben tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes pueden verse afectados por el juicio, como sería el caso de los procesos de adopción, de divorcio, de decisiones relativas a la custodia, residencia del menor y el régimen de visitas, u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, por lo cual **los jueces y tribunales deben velar porque el interés superior del menor rija todas las situaciones y decisiones que imparten**; y, (iii) el concepto del interés superior del niño es complejo y su contenido debe determinarse caso por caso. De allí que sea **flexible, adaptable y deba definirse con arreglo a la situación concreta del niño, niña y adolescente a partir del contexto y las necesidades personales de éstos**.

Justamente, la Observación General No. 14 enunció algunos elementos que se deben tener en cuenta para evaluar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, destacándose para el presente caso los siguientes: (i) la opinión de los niños, toda vez que el artículo 12 de la Convención sobre Derechos de los Niños reconoce el derecho que les asiste a expresar su opinión en todas las decisiones que los afecten, según su edad y madurez; (ii) la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, por lo cual el Comité consideró que *“las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular”* (negritas fuera del texto original). Por consiguiente, *“al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”*⁷⁰; y, (iii) el cuidado, la protección y la seguridad del niño, procurando la conservación del entorno familiar cuando los padres están separados y viven en lugar diferentes.

⁶⁹ Convención sobre los Derechos de los Niños. Artículo 18.1: 1. *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

⁷⁰ Comité de Derechos de los Niños. Observación General No. 14 sobre el derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial, pág. 12.

Incluso, la Sala resalta que los artículos 7.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establecen los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser cuidados por ambos padres y a mantener con ellos las relaciones personales y el contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior de los menores de edad.

4.4.3. Con esos fundamentos normativos y hermenéuticos, el *principio del interés superior del menor*, del cual se ha ocupado en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional, implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral⁷¹. Así, esta Corporación ha reconocido que “*el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formar reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*”⁷². Por consiguiente, en los casos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, las autoridades están investidas de un margen de discrecionalidad importante, que siempre debe privilegiar los derechos de éstos.

Particularmente, en la sentencia T-510 de 2003⁷³, esta Corte realizó un esfuerzo por sistematizar el principio del interés superior del menor y fijó dos parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado dicho principio y con base en ellos orientar el análisis y resolución de casos puntuales, a saber: (i) las condiciones jurídicas; y, (ii) las condiciones fácticas.

En tratándose de las *condiciones jurídicas* que caracterizan el interés superior del menor, estas se refieren a las pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio *pro infans*). Algunas de estas son las siguientes:

“- *Garantía del desarrollo integral del menor*. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “*su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”. El desarrollo es *armónico* cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es *integral* cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se

⁷¹ Sentencia C-683 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁷² Sentencia T-510 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), C-840 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-689 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-767 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo),

⁷³ (MP Manuel José Cepeda Espinosa), reiterada en múltiples sentencias posteriores.

privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas⁷⁴.

- *Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.* Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

- *Protección ante riesgos prohibidos.* Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “*frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas*”⁷⁵, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- *Equilibrio con los derechos de los padres.* Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “*no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes*”⁷⁶, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.* Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “*se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección*”⁷⁷.

- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por

⁷⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-507 de 2004 y C-468 de 2009.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.”⁷⁸

En cuanto a las *condiciones fácticas*, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “*la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión*”⁷⁹. Por ejemplo, esta Corporación ha advertido que “*en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado*”⁸⁰.

Los anteriores parámetros jurídicos y fácticos permiten a las autoridades administrativas y judiciales determinar cuál es la solución que mejor satisface los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la preservación del bienestar integral que les asiste. De allí que los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos.

4.4.4. Tan importante ha sido el alcance dado en el derecho internacional y en la jurisprudencia de esta Corporación al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que fue recogido en el derecho interno por el Código de la Infancia y la Adolescencia como principio rector. Concretamente, los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 1098 de 2006 establecen la protección integral a los niños, niñas y adolescentes, así como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores bajo las características de ser universales, prevalentes e interdependientes. Justamente, esa condición de prevalencia de sus derechos impone como deber a las autoridades administrativas, judiciales o de cualquier naturaleza, que adopten las decisiones o medidas pertinentes atendiendo de la mejor forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al punto que si existe algún conflicto con los derechos fundamentales de cualquier otra persona o con una disposición legal o administrativa, los derechos de aquellos sean preferentes y

⁷⁸ Estos criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor fueron sintetizados en la sentencia C-683 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), haciendo un análisis detallado de lo expuesto en la sentencia T-510 de 2003.

⁷⁹ Sentencias C-804 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), reiterada en la sentencia C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y C-683 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁸⁰ T-442 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonel). En esa oportunidad la Corte amparó los derechos fundamentales de un menor porque en un proceso de custodia el Juzgado de Familia no tuvo en cuenta los elementos probatorios acopiados, dejándolo en una situación indeseada y creando el riesgo de causarle secuelas psicológicas irreversibles.

se aplique la norma que resulte más favorable al interés superior de los menores.

4.4.5. En este orden de ideas, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral. De allí que este principio debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos menores de edad o impedidos, sabiendo de antemano que a los padres les asiste esa obligación común derivada de la progenitura responsable y que corresponde a ellos mismo, al igual que a las autoridades administrativas y judiciales, de velar porque a los niños, niñas y adolescentes se les garantice de forma prevalente sus derechos. Es decir, en todo caso se debe dar aplicación directa a la regla *pro infans* que propende por el bienestar integral y armónico de los menores de edad.

4.5. Pues bien, el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos en el marco de la progenitura responsable, no se relaciona solo desde el enfoque constitucional con el interés superior del menor, sino que también encuentra un cimiento importante en el ***derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella***, que se concreta en su derecho a recibir amor y cuidado de la familia, por excelencia de sus padres, para poder desarrollarse en forma plena y en un espacio de comprensión.

4.5.1. La familia, al ser el núcleo fundamental de la sociedad según establece el artículo 42 de la Constitución Política, es el ámbito más próximo de los niños, las niñas y los adolescentes, por lo tanto, en el seno de la familia es donde los menores deben encontrar la protección que necesitan y las condiciones necesarias para su adecuado crecimiento y desarrollo integral.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella sin duda va más allá de la mera obligación de los padres de sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos, ya que trasciende a un nivel de distintas manifestaciones como el recíproco afecto, el continuo trato, la permanente comunicación, el ejemplo de vida y de dirección, es decir, genera una conexión directa con el cuidado y el amor. Tan así resulta lo anterior, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que *“el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna*

manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”⁸¹.

4.5.2. Tan fuerte es el reconocimiento de este derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes, que el ordenamiento constitucional, los diferentes tratados internacionales que obligan a Colombia y los desarrollos legales internos en materia de infancia y adolescencia promueven la unidad familiar en tanto resulta ser piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Así, el artículo 44 superior reconoce expresamente como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el tener una familia y no ser separados de ella, a su vez que el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 22 que tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella; por consiguiente, los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.

Esta dos disposiciones se armonizan con los instrumentos internacionales en la materia, dentro de los cuales se resaltan los siguientes⁸²: (i) la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que afirma que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un entorno de afecto y seguridad moral y material⁸³; (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el cual sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad⁸⁴; (iii) el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) que estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos⁸⁵; (iv) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la cual consagra el derecho a la protección familiar⁸⁶; y, (v) la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que ve en la familia el “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el*

⁸¹ Sentencia C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

⁸² En la sentencia SU-195 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), esta Corporación reconoció que estos instrumentos internacionales que establecen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, se encuentran catalogados bajo el concepto de *ius cogens*, es decir, se trata de una normatividad cuya obligatoriedad y fuerza vinculante emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario.

⁸³ PRINCIPIO VI.- “*El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)*”.

⁸⁴ ARTÍCULO 23.- 1.- “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

⁸⁵ ARTÍCULO 10.- “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges*”.

⁸⁶ ARTÍCULO 17. “*Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. // 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. // 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. // 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”.

crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, sumado a que establece como obligación para los Estados Partes velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9 convencional).

De la anterior normatividad se desprenden tres elementos esenciales: (i) que los niños, niñas y adolescentes deben permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior; (ii) que los hijos menores de edad tienen derecho a que ambos padres los cuiden y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos; y, (iii) que todas las medidas deben estar orientadas a conservar el espacio de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, lo cual significa por regla general conservar el lazo de cuidado y de amor por parte de ambos padres.

4.5.3. Ahora bien, no escapa a la realidad socio-cultural que uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es su separación, en especial cuando existen hijos menores de edad quienes por su escasa madurez emocional terminan siendo los más perjudicados con la ruptura de la pareja que conformaban sus padres. Justamente, derivado de los procesos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos de sus padres u otros procesos similares, a los niños, niñas y adolescentes no debería trasladárseles la carga traumática que representa la terminación del vínculo familiar, sino que los padres -en primera medida- y las autoridades competentes deben propender por garantizar su estabilidad física, mental y psicológica a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prevalente la custodia y el cuidado personal de los menores hijos en beneficio del derecho fundamental que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, bien sea porque se trate de una decisión que se deba asumir en el marco de aquellos procesos en mención, o en el trámite sumario que pretenda definir la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados.

Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia.

Aún cuando los padres estén separados por diversas razones, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos de los padres o la finalización de la unión marital de hecho, no afecta el estatus y los derechos de los niños, niñas

y adolescentes, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores.

4.6. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional cuando se ha referido al tema de custodia y cuidado personal de los hijos no emancipados, ha enfocado sus decisiones a la satisfacción de los principios del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y al derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, sin dejar de lado las obligaciones que la progenitura responsable le impone a los padres.

4.6.1. Por ejemplo, en control abstracto de constitucionalidad, esta Corporación en la sentencia C-239 de 2014⁸⁷ señaló que (i) *“la custodia puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiares, social o institucional, o sus representantes, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia. (...) Ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorga a los padres o las personas que conviven con él en los antedichos ámbitos en su provecho personal, sino en el interés superior del niño”*⁸⁸; (ii) la decisión de los progenitores de separarse no implica ni puede implicar la ruptura de la convivencia del niño con sus padres y familiares, pues el niño tiene el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella; (iii) la ruptura de la convivencia diaria, dada por las circunstancias de que los padres ya no viven juntos, hace necesario adoptar una decisión sobre el lugar de residencia del niño, que debe tomarse y justificarse sobre la base del interés superior del niño. Esta decisión debería ser tomada por los padres, pero a falta de acuerdo entre ellos, le corresponde intervenir al Estado para tomarla; (iv) la finalidad de la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados implica una responsabilidad permanente en el tiempo del padre con el que convive el menor, mientras que la finalidad del régimen de visitas es generar un mayor acercamiento entre padre e hijo para que esa relación no sea desnaturalizada; y, (v) al ser la separación un evento de difícil asimilación para los padres, *“éstos pueden llegar a omitir dicho interés [superior de los niños] y, por tanto, a olvidar su responsabilidad como padres, para asumir que sus hijos*

⁸⁷ (MP Mauricio González Cuervo). En esa oportunidad la Corte resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adicionó el artículo 230A al Código Penal Colombiano, tipificando el delito del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El problema jurídico se circunscribió a determinar si la norma acusada *“al prever una pena de uno a tres años de prisión y de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, para el padre que arrebató, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre el que ejerce patria potestad, cuando obre con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, y al no prever la misma pena cuando esta conducta la realice el padre con el propósito de privar al otro padre del derecho de visitas, ¿vulnera los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Constitución? La norma censurada fue declarada exequible, por el cargo analizado, estableciendo como regla de decisión que “dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene a su cargo la custodia y cuidado del hijo menor y a la situación del padre a quien corresponde el régimen de visitas al mismo, no implica una discriminación injustificada ni desconoce el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella”.*

⁸⁸ Sentencia C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), fundamento jurídico 3.8.4.2.

son un ‘instrumento de manipulación y destrucción recíproca’, con lo que se producen graves daños al niño y a sus derechos”⁸⁹.

En ese contexto, la mencionada sentencia explicó que (vi) “en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres, y en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia personal y al otro las visitas”⁹⁰; y que, (vii) la decisión sobre el custodia y el cuidado personal del niño definida por los padres corresponde a un acto generoso y responsable al pensar en lo mejor para el hijo, pero cuando ello no es posible la decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial.

En igual sentido, la sentencia C-569 de 2016⁹¹ al referirse al marco normativo aplicable a la custodia de los hijos menores de edad, precisó que la custodia y el cuidado personal de éstos puede ser conciliada y compartida por los padres con fundamento en el interés superior de los niños y en el artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia. No obstante, si no existe acuerdo entre las partes, debe ser definido por las autoridades administrativas y judiciales siempre orientado por el principio del interés superior del niño analizando las condiciones fácticas a partir de las pruebas existentes.

4.6.2. Por otra parte, en control concreto de constitucionalidad, en la sentencia T-442 de 1994⁹², la Sala Segunda de Revisión analizó una acción de tutela que fue formulada por el abuelo materno de un menor contra un juzgado de familia que concedió la custodia del niño a los padres, quienes jamás habían asumido la progenitura responsable y generaban desbalance emocional en el hijo, según reportaban las pruebas recaudadas. En esa oportunidad, la Corte señaló que el interés superior de los niños y la opinión de éstos deben ser tenidos en cuenta

⁸⁹ Ibíd. Fundamento jurídico 3.8.5.2.

⁹⁰ Ibíd. Fundamento jurídico 3.8.5.3.

⁹¹ (MP Alejandro Linares Cantillo). Allí se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “que acredite vínculo de consanguinidad, consagrada en el parágrafo 1° del artículo 153 de la Ley 1709 de 2014. Esa norma en su contexto consagra que los niños, niñas y adolescentes menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un Juez de la República ordene lo contrario. No obstante, en los casos en que se demuestre que el niño no puede permanecer en el establecimiento carcelario o es mayor de 3 años de edad, el juez está facultado para conceder la custodia del niño al padre o al familiar “que acredite vínculo de consanguinidad”. // En esa oportunidad, el problema jurídico se centró en determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad? // Al resolver el problema jurídico planteado, la Corte precisó que “la responsabilidad principal en lo que respecta a la custodia, la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada, esto es, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad”. En ese sentido, encontró que la expresión censurada desconoció los derechos de los niños y las niñas a crecer en el seno de la familia sin importar su estructura, es decir, también las naturales y las de crianza, por ejemplo. De allí que declaró inexecutable la locución demandada.

⁹² (MP Antonio Barrera Carbonell).

en los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidados personales.

Así, enunció algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su custodia y cuidado personal, las cuales se resumen de la siguiente forma: (i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

Aplicando las anteriores reglas al caso que en aquella ocasión se analizaba, la Sala Segunda de Revisión concluyó que el juez de familia había ignorado la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso, por cuanto al asignar la custodia del niño a los padres *“le creó una situación de angustia, inestabilidad e indiferencia, que viola sus derechos constitucionales fundamentales”*, máxime cuando los conceptos científicos allegados al proceso revelaban que el niño tenía un fuerte lazo de afecto por sus abuelos maternos y que identificaba a la tía materna como mamá, con quienes manifestó querer permanecer en familia. De esa forma, confirmó la decisión del juez de primera instancia constitucional, que había concedido el amparo tutelar.

De forma más reciente, en la sentencia T-311 de 2017⁹³, la Sala Tercera de Revisión consideró que frente a la inexistencia de un modelo único y a la recomposición del concepto de familia se presentan nuevos retos para la sociedad, el Estado y los padres en relación con sus hijos. Según reconoció en esa oportunidad la Corte, entre los desafíos más significativos se encuentra el hecho de que en la ruptura del vínculo afectivo entre los padres se deba velar

⁹³ (MP Alejandro Linares Cantillo). Allí la Corte estudió una acción de tutela que presentó un padre contra un juzgado de familia que resolvió conceder la custodia y el cuidado personal del menor hijo a la madre, luego de la ruptura sentimental de la pareja y el bloqueo de parte de ella a las visitas del padre al hijo. El accionante alegó la violación al debido proceso por defecto fáctico. Si bien sus pretensiones fueron negadas, la Corte protegió el derecho del niño a tener una familia y no ser separados de ella, así como su interés superior para que pudiera disfrutar de las visitas y presencia del padre, a pesar del distanciamiento y separación de los progenitores.

porque los niños, niñas y adolescentes conserven las relaciones con los dos progenitores, en igualdad de condiciones, a través de la custodia y el cuidado personal. En ese sentido, recordó que la Observación General No. 17 del Comité de los Derechos Humanos, indicó que “[e]n caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres”⁹⁴. No obstante, ello debe complementarse con la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos de los Niños, la cual precisó que para la realización de los derechos de los niños en la primera infancia se debían respetar las funciones parentales y la supremacía de los padres, circunstancia que implica reconocer que ellos tienen la obligación primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, lo cual lleva consigo la obligación de no separar a los niños de sus padres en la medida en que las circunstancias fácticas lo permitan. En consecuencia, los dos padres tienen obligaciones comunes con la crianza y el desarrollo del niño, lo cual lleva implícito el reconocimiento de que los padres y las madres deben cuidar a sus hijos en pie de igualdad⁹⁵.

También en la sentencia T-587 de 2017⁹⁶, la Sala Octava de Revisión de Tutelas decantó dos lineamientos relevantes que deben tener en cuenta las autoridades judiciales al momento de resolver asuntos relacionados con la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados cuando los padres se encuentran separados: (i) determinó que en este tipo de procesos sumarios los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados, de tal forma que su opinión debe ser analizada por el juez de familia; y, (ii) estableció que no existen roles absolutos en la crianza de los menores de edad por cuanto esa idea ha mutado en el estado actual de las relaciones familiares. Si bien en la concepción tradicional de género, “solo las mujeres adultas son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los hombres, tienen vedada la custodia exclusivamente por su condición natural masculina”, lo cierto es que esa visión estereotipada del papel del género en la familia se ha superado con la evolución de los roles masculino y femenino en el mundo contemporáneo; por ello, “es irrazonable afirmar que un progenitor del género masculino no puede custodiar a su hija en la etapa de la pubertad porque el hecho de ser

⁹⁴ Observación General No. 17 del Comité de Derechos Humanos, interpretando los derechos de los niños consagrados en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue expedida el 7 de abril de 1989 y se puede consultar en el link <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402>

⁹⁵ La parte citada se encuentra en el numeral 6.

⁹⁶ Observación General No. 7 del Comité de los Derechos de los Niños, denominada “realización de los derechos de los niños en la primera infancia”. Se puede consultar en el siguiente link <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>

⁹⁶ (MP Alberto Rojas Ríos). En esa oportunidad, la Corte revisó una acción de tutela que presentó un padre en contra de una decisión judicial de un juez de familia, en la cual se concedía definitivamente la custodia de la menor hija a la madre porque se trataba de una preadolescente de 11 años que había entrado en una época delicada de formación, que imponía el estar al lado de la madre para garantizar su desarrollo sexual y pudor. Los padres se encontraban separados y habían conciliado que la custodia sería ejercida por el progenitor; no obstante, la madre inició proceso de custodia y cuidado personal que culminó con la decisión cuestionada, la cual además no tuvo en cuenta la manifestación de la menor de preferir estar con el papá. La Corte confirmó la decisión del juez constitucional de segunda instancia, quien concedió el amparo al debido proceso del padre y de la menor.

masculino afecta la intimidad, privacidad, salud y pudor de la menor”. Así, concluyó que ambos padres gozaban de igualdad de derechos, obligaciones y roles en cuanto a la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados, de tal forma que si ello se desconoce, se incurre en una discriminación asociada al género que vulnera el artículo 13 constitucional y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Nótese entonces que en la actualidad ambos padres, sin importar su género, están llamados en igualdad de condiciones a ejercer la orientación, el cuidado y el amparo de los hijos menores de edad, ya que la percepción de competencia en el desempeño del rol paterno o materno opera en beneficio del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella.

4.6.3. Como se logra advertir del recuento jurisprudencial, las decisiones sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados se han venido centrando, sobre todo con el alcance fijado por la Corte Constitucional en los últimos años, en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en el derecho que les asiste a tener una familia y a no ser separados de ella. En tal sentido, a pesar de que los padres se encuentren separados por diversas razones, ello no puede traducirse en la ruptura de la convivencia de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y familiares, pues pensando en el mayor beneficio y en los derechos prevalentes de éstos, los padres pueden acordar ejercer la custodia y el cuidado personal de forma solidaria y compartida atendiendo al interés superior de los hijos menores, así como en cumplimiento del ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, cuando las circunstancias fácticas y de entendimiento civilizado lo permitan.

4.7. En este punto, con el fin de brindar claridad argumentativa y permitir el desarrollo desde el enfoque constitucional, la Sala se pregunta lo siguiente: ¿se encuentra *regulada íntegramente* en Colombia por parte del legislador la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores? La respuesta es no. Una *regulación integral* de esa materia exige que el legislador dentro de su amplia libertad de configuración establezca las pautas legales, no fórmulas rígidas ni cerradas, tendientes a determinar los temas de residencia alternada en favor del menor y la forma de efectivización de las obligaciones de crianza y sostenimiento de ambos padres respecto de los hijos no emancipados, en especial lo atinente a alimentos y gastos fijos que mes a mes se causan como educación y salud, entre otras regulaciones.

4.7.1. No obstante la ausencia de una regulación integral en la materia, como se ha explicado a lo largo de este capítulo, en Colombia existe un entramado de normas constitucionales (arts. 5, 42, 44 y 93 superiores), legales (art. 253 del CC y 23 del CIA) y convencionales, que desde un entendimiento sistemático y prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, permite afirmar lo siguiente:

(i) Los padres que por diversas razones no conviven juntos, pueden suscribir acuerdos conciliatorios de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos a partir de la progenitura responsable, así como de la igualdad de derechos y deberes que les asiste respecto de los hijos comunes. De hecho, como lo establecen los artículos 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, ambos padres de forma “*permanente y solidaria*” están obligados a asumir directamente la custodia para el cuidado integral de los niños, niñas y adolescentes, teniendo desde la responsabilidad parental el deber de participar activamente en la orientación, el cuidado, el acompañamiento y la crianza de los hijos menores dentro de su proceso de formación. No son entonces llamados a ser figuras pasivas o temporales, sino que el papel protagónico que les asigna la normatividad constitucional y la de infancia y adolescencia, los ubica como garantes conjuntos del bienestar y desarrollo armónico que procura por lograr el máximo nivel de satisfacción de los derechos de los hijos menores de edad.

Y es que como se puso de presente, las rupturas sentimentales de los padres no pueden ser trasladadas como una pesada carga que va en detrimento del cuidado, amor y protección que ambos progenitores deben suministrar a sus hijos. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho fundamental que les reconoce la Constitución Política a tener una familia y a no ser separados de ella, permite advertir desde un enfoque constitucional, que los acuerdos de custodia compartida son herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida protegen los derechos de los hijos no emancipados cuando sus padres se encuentran separados por diversos motivos.

Esa conciliación como mecanismos alternativo de solución de conflictos puede realizarse por fuera del proceso judicial –por ejemplo, un acuerdo sometido a aprobación del defensor de familia (art. 82.9 del CIA)- o en el curso del mismo, pero en todos los casos las partes al manifestar expresa y libremente su voluntad, de común acuerdo, son las llamadas a regular la custodia de sus hijos menores de edad de forma compartida, de tal manera que fijen con claridad lo atinente a las fechas o temporadas en que el menor estará bajo el cuidado y orientación de cada progenitor, y las responsabilidades económicas fijas que cada uno adquiere. De hecho, las autoridades administrativas y judiciales deben acoger esa voluntad de los padres, salvo que adviertan no garantizados los derechos de los niños, niñas y adolescentes porque verifiquen que con tal acuerdo se ponen en riesgo⁹⁷ o quebranten los intereses prevalentes de los hijos menores⁹⁸.

⁹⁷ Recuérdese que el artículo 44 Superior establece que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral y económica y trabajos riesgosos, siendo ello un catálogo enunciativo de riesgos que no deben sufrir.

⁹⁸ Este no ha sido del todo un tema extraño en el contexto nacional. Por ejemplo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el concepto 34 del 18 de abril de 2016, vinculante para sus dependencias internas y terceros que colaboran con la prestación del servicio público o la función administrativa que le compete a tal Instituto, precisó que los acuerdos de custodia compartida son viables cuando las partes se encuentran totalmente de acuerdo, y “*no existe justificación alguna para negarse a la aprobación de dicha disposición*”

(ii) En el curso de los procesos de familia en los cuales se debe decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores, el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es más, a pesar de no lograrse dicho acuerdo, si la autoridad judicial al evaluar el material probatorio en su conjunto (entrevista con los menores, dictámenes psicológicos, conceptos de los trabajadores sociales, informes de visitas, testimonios de familiares y personas cercanas, etc) , bajo los lineamientos de la sana crítica advierte del contexto familiar que ambos padres son idóneos para ejercer la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad, habida cuenta que ofrecen condiciones adecuadas para garantizar los derechos de éstos y no exponerlos a riesgos prohibidos, sumado a que los hijos comunes así lo manifiestan a través de su opinión, la *regla general* debe centrarse en fijar judicialmente la custodia compartida y el cuidado personal a ambos padres para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor de sus progenitores, siempre teniendo como faro iluminador la consideración primordial del interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* que deben guiar las decisiones de la administración de justicia, es decir, se den los elementos suficientes. De tal manera que, la evaluación de las condiciones fácticas y jurídicas caso a caso son las que le permiten al operador judicial de familia determinar si, en aplicación de los artículos 42, 44 y 93 superiores, 253 del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, principalmente, es viable otorgar el ejercicio de la custodia compartida como un derecho que se erige en beneficio de los hijos comunes no emancipados, para que ambos padres participen activamente en el desarrollo armónico y en su bienestar integral.

(iii) Si persiste entre los padres la controversia sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad y tanto las autoridades administrativas como judiciales advierten que el contexto familiar y las condiciones fácticas no permiten conceder la custodia compartida, de acuerdo a la valoración probatoria que realicen, lo procedente será definir a qué progenitor se le asigna el ejercicio de la *custodia monoparental* y al otro padre o madre no custodio se le *regulará el régimen de visitas y la cuota alimentaria* a que haya lugar.

4.7.2. En otras palabras, de los tres ítems antes señalados, la Sala precisa que la *regla general* a considerar en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de sus derechos fundamentales a tener una familia, al cuidado y al amor, es que los padres de común acuerdo concilien lo referente a la custodia y el cuidado personal compartido de los hijos menores, escenario que debe propiciar el juez de familia mediante una exhortación diligente a las

plasmada en un acuerdo (...) a no ser que, una vez verificada dicha situación se pruebe que con ella se vulneran los derechos de los niños”.

partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos comunes. De no ser ello posible, es el juez de familia quien en cada caso concreto, según revelen las pruebas y la opinión de los menores, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulte más apropiado para los niños, niñas y adolescentes, entre el ejercicio de la *custodia compartida por ambos progenitores*⁹⁹ o la *custodia monoparental*, estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente.

4.7.3. Al respecto, la Sala considera prudente resaltar que los acuerdos de custodia compartida y cuidados personales que celebren los progenitores, o la definición que respecto de los mismos realice el juez de familia según las circunstancias que evalúe caso a caso, deben ceñirse como mínimo a tres pilares fundamentales¹⁰⁰, a saber: **(i)** el *principio de corresponsabilidad parental* que se traduce como la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones trascendentales de los hijos comunes, independientemente de su ruptura como pareja sentimental o su situación de convivencia, de tal forma que se dé un *reparto efectivo, equitativo y equilibrado* de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes; **(ii)** el *principio de igualdad parental* que refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida; y, el más relevante de todos, **(iii)** el *derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes*, que refiere a otorgar las más altas garantías para hacer efectivo el interés superior del menor como consideración primordial y su derecho a tener una familia donde concurren ambos padres activamente, lo cual implica tener en cuenta varios lineamientos que permitan ponderar su conveniencia según el contexto familiar, entre los que cabe destacar los siguientes, sin pretensión de exhaustividad¹⁰¹:

⁹⁹ Las experiencias desde el derecho internacional permiten advertir que en países como Argentina, Canadá, Chile, Dinamarca, España, Estados Unidos (la mayoría de los estados federados), México, Puerto Rico, Francia, Italia y Bélgica, existe un modelo preferente de custodia compartida de los hijos (también denominado tenencia compartida, tuición compartida, custodia física conjunta, o guarda y custodia compartida). En países como Alemania, Dinamarca, Eslovenia, Holanda, Ungria, Portugal, Suecia y Austria, los padres acuerdan la custodia compartida o el juez discrecionalmente la determina según lo que resulte más conveniente para los menores de edad.

¹⁰⁰ Para fundamentar estos tres pilares de la custodia compartida, la Sala se apoyará en la siguiente bibliografía relevante: *(i)* Duarte Gualdrón, Rosario (2015). Custodia compartida en Colombia: Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá; *(ii)* Jaramillo Sierra, Isabel Cristina & AAVV (2015). Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar. Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología. Bogotá; *(iii)* Morales Ortega, Helana & AAVV (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. Revista Justicia No. 20 diciembre de 2011, Barranquilla - Colombia; *(iv)* Lathrop Gómez, Fabiola (2008). La custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley. Madrid - España; *(v)* Fariña, F & AAVV (2016). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. Anuario de Psicología Jurídica; entre otros documentos electrónicos que fueron consultados sobre la materia.

¹⁰¹ Para la construcción de estos lineamientos, la Corte sigue de cerca investigaciones como las siguientes que refieren a parámetros generales para evaluar la conveniencia de otorgar la custodia compartida de menores de edad: *(i)* Duarte Gualdrón, Rosario (2015). Custodia compartida en Colombia: Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá; *(ii)* Morales Ortega, Helana & AAVV (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. Revista Justicia No. 20 diciembre de 2011, Barranquilla -

- Escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en lo relacionado con la definición de su custodia y cuidado personal, según su edad y nivel de madurez, en tanto son sujetos de derechos.
- La edad de los hijos comunes, ya que durante los primeros años de vida el modelo compartido no siempre puede ser el más garantista de sus derechos.
- El ejercicio de la custodia compartida debe aparejar una continuidad, una estabilidad en los cuidados personales y un bienestar relacional e integral para los niños, niñas y adolescentes. De allí que resulte indispensable la idoneidad de ambos padres para ejercer la custodia compartida, su flexibilidad de tiempo y su compromiso con el sostenimiento de los hijos comunes.
- La interacción e interrelación del niño, niña y adolescente con sus figuras paternas, con el fin de que puedan crecer en un círculo de afecto y seguridad.
- El lugar donde estará el menor: residencia alternada en el domicilio cercano de los padres -proximidad geográfica-, o domicilio familiar del menor con alternancia de residencia de los padres. Sobre el punto, la Sala resalta que desde la experiencia internacional, el modelo de residencia alternada del menor en el domicilio de los padres es el más acogido.
- El tiempo que el niño, niña y adolescente estará bajo el cuidado de cada progenitor, velando porque sean periodos equilibrados y equitativos. Lo más recomendable es que sean por semanas o periodos mensuales, en tanto el sistema de días alternados en una misma semana no favorece la adaptación del menor y genera confusión en sus rutinas diarias¹⁰².
- El ajuste del niño, niña y adolescente al hogar familiar, la escuela y la comunidad. En tal sentido, la determinación del modelo de custodia compartida debe tener en cuenta que los procesos de escolaridad empiecen o continúen su curso normal y que los menores mantengan sus hábitos y rutinas generales (tareas, comidas, sueño, responsabilidades propias de la edad) sin causar mayores traumatismos en el proceso de desarrollo armónico e integral. Significa lo anterior que, por ejemplo, en caso de tener residencias alternadas, podrá contar con hábitos que de consuno establezcan los padres, como patrones de orientación y crianza comunes, o cuando menos semejantes.

Colombia; (iii) Lathrop Gómez, Fabiola (2008). La custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley. Madrid - España; (iv) Fariña, F & AAVV (2016). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. Anuario de Psicología Jurídica; y, (v) los conceptos que fueron remitidos en sede de revisión por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por la Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana.

¹⁰² Algunas investigaciones recomiendan que los periodos fijados no sean tan largos, ni que estén divididos entre lectivos y no lectivos, toda vez que crea el modelo del progenitor que exige y es disciplinado para dar cumplimiento a los compromisos académicos del menor, y el otro progenitor que se asocia a vacaciones y ocio.

- La salud física y mental de los progenitores, teniendo en cuenta que solo en aquellos casos absolutamente extremos y que cuenten con los debidos certificados médicos que demuestren la falta de idoneidad física o mental de la madre o el padre, no resulta conveniente otorgar el ejercicio de la custodia y el cuidado personal compartido de los menores hijos.
- La convivencia con el menor trae implícito que el progenitor que se encuentra bajo su cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquel permanezca en su residencia. Además se deberá establecer de forma equitativa y proporcionada a la capacidad económica de los alimentantes -regla general de alimentos- lo concerniente a gastos fijos como educación, salud y vestido, entre otros, al igual que lo relacionado con los demás gastos extraordinarios.

Y es que estos tres pilares fundamentales para el ejercicio de la custodia y los cuidados personales compartidos por ambos progenitores adquieren importancia, en tanto se enfocan en garantizar a los hijos menores de edad una seguridad y tranquilidad en su entorno alternado, eliminando o superando las desventajas que pueda aparejar este modelo familiar que debe operar en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

4.7.4. En tal sentido, según diversas investigaciones¹⁰³ y el concepto que remitió en esta oportunidad la Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana [*Supra* 4.3. de los antecedentes], son varias las virtudes que se atribuyen a la custodia compartida de los hijos menores cuyos padres se encuentran separados por diversas razones, a saber: (i) la convivencia alternada con ambos padres permite que el niño no sienta el distanciamiento ni la pérdida de alguno de sus padres, por el contrario, forja una relación saludable y cercana paterno y materno-filial; (ii) los niños se adaptan adecuadamente al entorno porque incrementan su autoestima y valor emocional, al punto que aceptan de mejor manera la ruptura sentimental de los padres sin causar traumas; (iii) se forjan menores más independientes y autoresponsables; (iv) los niños entienden la importancia de ser solidarios, compartir y resolver problemas a través del diálogo, el respeto y el apoyo que toman del ejemplo de los padres; entre otras ventajas.

No obstante lo anterior, esta Corporación también es consciente que se pueden presentar dificultades en la adaptación de los niños, niñas y adolescentes a este modelo familiar compartido, como por ejemplo, (i) el acople paulatino a las residencias alternadas; (ii) que en cada casa se definan hábitos, reglas y

¹⁰³ Duarte Gualdrón, Rosario (2015). Custodia compartida en Colombia: Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá. Esta investigación recopila de forma significativa diferentes estudios psicológicos que dan cuenta de las ventajas que representa el modelo de custodia compartida en otros países (pág. 61 y ss). // También se puede consultar Divorcio, separación y nuevas formas de convivencia en Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente. Coordinadores: César Soutullo Esperón y María de Jesús Mandomingo Sáenz]. Madrid – España. Editorial Médica Panamericana, 2010. Pág. 297 a 299.

horarios diferentes; y, (iii) que existan estilos educativos o pautas de crianza disimiles entre ambos progenitores y por ello se reporte ansiedad entre los menores hijos. Según las investigaciones ya referidas y el concepto señalado, estos tres problemas son los más recurrentes, por lo cual se requiere de una interacción civilizada de los padres para lograr superarlos fijando rutinas, hábitos y lineamientos educativos similares y estables que atiendan al bienestar y la salud de los menores hijos. En todo caso, si las dificultades persisten, la Sala recuerda que las sentencias judiciales que definen la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal¹⁰⁴, de tal manera que en cualquier tiempo se puede acudir al juez de familia para que éste evalúe las condiciones que son más adecuadas para el bienestar de los menores y sus derechos fundamentales.

4.8. A partir de lo expuesto, **a título de conclusión**, la Sala considera que el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad e impedidos, es una obligación que impone la progenitura responsable en igualdad de condiciones a ambos padres, y que a la vez busca el bienestar prevalente de los niños, las niñas y los adolescentes haciendo efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. De contera que, la ruptura sentimental de los padres o la separación de éstos por cualquier motivo, no puede traducirse automáticamente en la ruptura de la convivencia de los menores hijos con sus progenitores.

Si bien en Colombia no existe una regulación *integral* sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales (art. 5, 42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Tales acuerdos de custodia compartida, **que deberían convertirse en la regla general**, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos.

De no ser posible la suscripción del acuerdo de custodia y cuidados personales compartidos, es el juez de familia quien en cada caso concreto, aplicando el

¹⁰⁴ Así lo ha reiterado esta Corporación en las sentencias T-557 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa) y T-914 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

principio *pro infans*, según revelen las pruebas y la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes de acuerdo con su edad y madurez, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores, entre el ejercicio de la *custodia compartida por ambos progenitores* o la *custodia monoparental* estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente.

En todo caso, los acuerdos de custodia compartida o la definición que respecto de la misma realice la autoridad judicial, deben ceñirse a tres pilares relevantes: (i) el principio de corresponsabilidad parental, (ii) el principio de igualdad parental, y (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes.

5. Análisis del caso concreto

5.1. La accionante *A.L.*, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos *S.I* y *J.A* de 9 y 7 años de edad respectivamente, promovió acción de tutela contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios solicitando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los menores, los cuales estima que fueron vulnerados en la sentencia del 24 de julio de 2017 proferida dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal que la actora impetró contra *Y.V.*, padre de los dos niños.

Concretamente, la accionante centra su inconformidad en que la decisión judicial que cuestiona incurrió en (i) *defecto procedimental absoluto*, por cuanto al proceso se le imprimió el trámite verbal sumario previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, cuando esa norma se encontraba derogada por la Ley 1564 de 2012, es decir, estima que debieron aplicarse los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso, además de adelantar el trámite en una única audiencia y de señalarle al demandado que la excepción que formuló debió haberla propuesto como recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sin ser considerada como excepción de mérito; (ii) *defecto sustantivo* porque, según plantea la actora, la figura de la custodia compartida que fue aplicada por el juzgado accionado no está regulada en la legislación colombiana, sumado a que no asignó de manera equitativa a cada progenitor el tiempo para compartir con los niños y le fijó cuota alimentaria a la accionante; y (iii) *defecto fáctico por vía negativa*, habida cuenta de que el juez dejó de valorar los dictámenes rendidos por el Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el informe que fue presentado por el asistente social del juzgado, según los cuales *Y.V.* carecía de las cualidades personales para tener la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* De hecho, aduce que el fallo que censura sólo se apoyó en la valoración psicológica emitida por una empleada de la Comisoria de Familia de Los Patios, que fue una prueba que no se decretó ni fue controvertida en el proceso judicial.

Conforme se expuso en la consideración central de esta providencia, la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, siempre y cuando exista una vulneración de derechos fundamentales y se cumplan con los requisitos generales y específicos que hagan viable el amparo constitucional. Siendo ello así, corresponde a la Sala de Revisión determinar si el presente caso cumple con tales requisitos, a lo cual procede seguidamente.

5.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales o genéricos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. El presunto defecto procedimental absoluto que invoca la actora incumple el requisito de subsidiariedad.

5.2.1. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional:* El presente caso goza de relevancia constitucional porque la sentencia que se cuestiona, al resolver sobre la custodia y el cuidado personal de dos niños en forma compartida por sus padres, pone de presente la necesidad de realizar un análisis con enfoque constitucional sobre la progenitura responsable y determinar, a partir de las pruebas que obran en el plenario, la aplicación del interés superior de los menores y del derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. Por consiguiente, este punto se encuentra satisfecho.

5.2.2. *Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada:* Para analizar este punto, la Sala lo dividirá en dos partes: la primera, referente al estudio de subsidiariedad frente al defecto procedimental absoluto que alega la accionante, y la segunda, el examen de subsidiariedad atinente a los defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva que la actora plantea en su solicitud de amparo constitucional.

En primer lugar, frente al denominado *defecto procedimental absoluto*, la Sala considera que las irregularidades procesales que arguye la accionante no fueron expuestas ni controvertidas al interior del proceso de custodia y cuidado personal que *A.L.* impetró contra *Y.V.*, es decir, contó con la oportunidad procesal para hacerlo y no la aprovechó, siendo ese el escenario judicial idóneo y eficaz para exteriorizar el presunto desconocimiento a los lineamientos procesales que esgrime. Ello torna en improcedente su reclamo tutelar por incumplir el requisito de subsidiariedad.

Para sustentar la anterior conclusión, la Sala observa que la accionante alega lesionados sus derechos fundamentales porque al proceso se le imprimió el trámite verbal sumario previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, cuando debió habersele dado el trámite dispuesto en los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso. Sobre el punto, a folios 19 y 20 del expediente **No. 2015-00588** que se cuestiona, se encuentra el auto admisorio de la demanda de fecha 23 de septiembre de 2015, en cuyo numeral tercero se dispuso darle al proceso el trámite verbal sumario del artículo 435

del Código de Procedimiento Civil. Cabe señalar que ese auto fue notificado a la accionante en su calidad de demandante en aquella causa, sin que expusiera irregularidad procesal alguna a través del recurso de reposición o de la petición de nulidad procesal por trámite indebido. Por el contrario, procedió a adelantar las diligencias pertinentes para notificar al demandado *Y.V.*

De hecho, por medio de apoderado judicial, el 19 de noviembre de 2015 el señor *Y.V.* contestó la demanda de custodia y cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.*, formulando como único medio exceptivo el que rotuló como: *“los fundamentos jurídicos y consideraciones presentados en la demanda ya fueron objeto de decisión por autoridad judicial competente y a través de amparo judicial promovido por la madre de los menores, contra la sentencia que determinó la custodia de los menores en cabeza de mi representado”*. Seguidamente, en auto del 25 de noviembre de 2015, el juzgado accionado corrió traslado de la excepción de mérito conforme a lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil, sin que fuera expuesto reproche alguno por parte de la demandante *A.L.* mediante el recurso de reposición o en la audiencia única.

Esta última situación también permite a la Sala advertir el incumplimiento del requisito de subsidiariedad frente al planteamiento que aduce la actora tendiente a señalar que dicha excepción *“no resulta ser otra que la de cosa juzgada”* y que, por consiguiente, se incurrió en defecto procedimental absoluto porque el juzgado debió exigir su formulación a través de recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y no diferir su decisión al fallo de única instancia. Nótese que la accionante sólo expone ese argumento en sede constitucional, pero jamás lo puso de presente en el curso del trámite verbal sumario que ahora cuestiona, dejando entrever que nuevamente desaprovechó la oportunidad procesal. Es más, carece de legitimación en la causa por activa para invocar la afectación al debido proceso arguyendo que la excepción de mérito no fue resuelta en la sentencia judicial del 24 de julio de 2017, en tanto el medio exceptivo fue propuesto por el demandado *Y.V.* y no por la actora.

Además de ello, vale la pena resaltar que la actuación procesal inició el 23 de septiembre de 2015, época en la cual se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil en el distrito judicial de Cucutá, que circunscribe el municipio de Los Patios. De allí que el auto de fecha 14 de diciembre de 2015 que fijó fecha por primera vez para llevar a cabo la audiencia inicial, hiciera mención al artículo 432 de dicha codificación procesal civil. Sólo hasta el 1° de enero de 2016 entró a regir en ese distrito judicial el Código General del Proceso¹⁰⁵, lo que generó la adecuación del trámite a lo dispuesto en el artículo 392 de la nueva normatividad procesal civil, como en efecto sucedió a través del auto adiado el 4 de marzo de 2016 (folio 121 del expediente No.

¹⁰⁵ Así lo dispuso el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA-15 10392 del 1° de octubre de 2015. Recuérdese que esa competencia le fue atribuida por el legislador en el artículo 627 del Código General del Proceso.

2015-00588), el cual tampoco fue controvertido por la parte actora mediante el recurso de reposición.

Finalmente, la Sala estima que la accionante no manifestó queja alguna durante el trámite procesal, respecto a los aplazamientos de la audiencia única de que trata el artículo 392 del CGP¹⁰⁶. Es más, por ejemplo, el 19 de mayo de 2016, día en que estaba programada dicha audiencia luego de un aplazamiento peticionado por el apoderado judicial del demandado *Y.V.*, las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión de la diligencia judicial, a lo cual accedió el juzgado acusado (folio 138 del expediente No.- 2015-00588). En otras oportunidades la decisión de aplazamiento de la audiencia fue motivada¹⁰⁷, sin que la accionante manifestara inconformidad en la debida oportunidad procesal.

En segundo lugar, frente al examen de subsidiariedad de los *defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva*, la Sala advierte que el proceso declarativo de custodia y cuidado personal de los hijos menores de edad e impedidos, de acuerdo con el artículo 390 del Código General del Proceso, se tramita como proceso verbal sumario y, por ende, en única instancia (parágrafo 1° *ibídem*). Como en el presente caso la decisión que se cuestiona por la accionante es la sentencia judicial de única instancia proferida el 24 de julio de 2017 por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios, contra la misma no procede ningún recurso ordinario ni extraordinario que le habilite la posibilidad de defensa judicial. De allí que se estime acreditado este requisito genérico de procedencia para cuestionar esa decisión judicial.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la acción de tutela es improcedente respecto a la configuración del *defecto procedimental absoluto* que aduce la accionante, en tanto incumple el requisito de subsidiariedad conforme fue expuesto en líneas precedentes. Limitará entonces el análisis material a la posible configuración de los *defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva*, en tanto se predicen de un fallo de única instancia frente al cual no proceden los recursos ordinarios ni extraordinarios de defensa judicial.

¹⁰⁶ “**ARTÍCULO 392. TRÁMITE.** En firme el auto admisorio de la demanda y vencido el término de traslado de la demanda, el juez en una sola audiencia practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373 de este código, en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez cite a la audiencia decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere.

No podrán decretarse más de dos testimonios por cada hecho, ni las partes podrán formular más de diez (10) preguntas a su contraparte en los interrogatorios.

Para la exhibición de los documentos que se solicite el juez librará oficio ordenando que le sean enviados en copia. Para establecer los hechos que puedan ser objeto de inspección judicial que deba realizarse fuera del juzgado, las partes deberán presentar dictamen pericial.

En este proceso son inadmisibles la reforma de la demanda, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de terminación del amparo de pobreza y la suspensión de proceso por causa diferente al común acuerdo. El amparo de pobreza y la recusación solo podrán proponerse antes de que venza el término para contestar la demanda”.

¹⁰⁷ Los motivos de aplazamiento de la audiencia fueron: (i) por solicitud del apoderado judicial del demandado *Y.V.*, quien acreditó la programación previa de otra audiencia en otro despacho judicial; (ii) enfermedad del titular del juzgado accionado; y, (iii) por coincidir con un cese judicial que dirigió Asonal Judicial.

5.2.3. *Que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración:* La sentencia de única instancia que se cuestiona fue proferida el 24 de julio de 2017 y la presente acción de tutela fue radicada el 4 de septiembre de 2017, es decir, transcurrieron menos de dos meses entre la fecha de expedición de esa providencia judicial y la interposición del amparo constitucional, lo que permite a la Sala advertir que el plazo fue corto y razonable, de tal forma que se cumplió el requisito de inmediatez.

5.2.4. *Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales:* La acción objeto de estudio se dirige a cuestionar irregularidades procedimentales, sustantivas y fácticas, acontecidas en el trámite del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.*, y en la sentencia de única instancia que concedió la custodia compartida de los menores a favor de ambos padres fijando los tiempos de permanencia de cada progenitor con los niños, además de una cuota alimentaria que debe pagar la actora.

Como se indicó, la presente acción de tutela sólo procede respecto a la presunta configuración de los defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva. Frente a éste último en especial, los argumentos que expone la actora tienen incidencia directa en la sentencia de fecha 24 de julio de 2017, porque de triunfar podrían cambiar el sentido de la misma en cuanto a la asignación de la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* De allí que la Sala encuentre acreditado este requisito.

5.2.5. *Que la accionante identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible:* Sin duda, la accionante ha identificado plenamente tales hechos, como quedó reseñado en los antecedentes de esta providencia. Respecto a que las irregularidades sustantivas y fácticas que indica hayan sido expuestas dentro del proceso que cuestiona, la Sala observa que existía una imposibilidad de alegarlas porque las mismas surgieron y se predicaban de la sentencia de única instancia proferida el 24 de julio de 2017. De esta forma, se entiende acreditado este requisito genérico de procedibilidad.

5.2.6. *Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela:* Al respecto, basta señalar que la sentencia judicial que se considera vulneratoria de los derechos fundamentales se produjo en un proceso declarativo de custodia y cuidado personal de dos niños. Quiere ello decir que, no se controvierte una decisión proferida en sede de tutela, ni se trata de una decisión proferida por una Sala de Revisión ni por la Sala Plena de esta Corporación. Tampoco es un fallo proferido en el control de constitucional que adelanta esta Corte o el Consejo de Estado.

5.2.7. Así las cosas, acreditados los requisitos generales o genéricos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales únicamente respecto de los defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva que invoca la actora, la Sala abordará el estudio de la procedencia material del amparo mediante el análisis de tales defectos.

5.3. Análisis de procedibilidad material de los defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva que arguye la accionante

5.3.1. Para comenzar, la Sala concentrará su estudio en el ***defecto sustantivo*** que aduce la actora. Puntualmente, señala que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios en la sentencia del 24 de julio de 2017, aplicó la figura de la custodia compartida que no está regulada en la legislación colombiana y que, en todo caso, debe ser excepcional porque lo conveniente es que los hijos permanezcan con su madre ya que ella representa con frecuencia la figura de principal apego de los niños entre 0 a 7 años. Adicionalmente, sostiene que el tiempo de permanencia asignado a cada uno de los progenitores no fue equitativo por cuanto le restó a la accionante un fin de semana de disfrute con sus hijos, sumado a que le impuso una cuota alimentaria sin que tal obligación se derive del ejercicio de la custodia compartida.

Con el fin de dilucidar lo anterior, la Sala asumirá el examen de este defecto en tres etapas. En un primer momento, referirá a los argumentos principales que fueron expuestos sobre el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que propenda por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como por garantizarles su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, centrándose en la regulación *sistemática* de la custodia compartida en la legislación colombiana. En un segundo momento, analizará los fundamentos normativos que utilizó el juzgado accionado en la sentencia del 24 de julio de 2017 para conceder la custodia compartida de los niños *S.I.* y *J.A.* a ambos padres *A.L.* y *Y.V.* Y, en un tercer momento, confrontará lo anterior con miras a determinar si se configuró el aludido defecto sustantivo que enrostra la actora.

5.3.1.1. En primer lugar, según precisó esta Sala [*Supra f.j. 4*], el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad e impedidos, es una obligación que impone la progenitura responsable en igualdad de condiciones a ambos padres, y que a la vez busca el bienestar prevalente de los niños, las niñas y los adolescentes haciendo efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. De allí que los eventos de ruptura sentimental de los padres o de separación de éstos por cualquier motivo, no pueden traducirse automáticamente en la ruptura de la convivencia de los menores hijos con sus progenitores.

Si bien en Colombia no existe una regulación *integral* sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del *entendimiento sistemático* de

disposiciones constitucionales (art. 5, 42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es posible que operen tres situaciones concretas en beneficio de los hijos menores de edad, a saber: **(i)** que los padres suscriban acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Para ello, dicho acuerdo lo pueden suscribir de forma extraprocesal y someterlo a la posterior aprobación del defensor de familia conforme lo establece el artículo 82-9 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Como se adujo, lo ideal es que este medio ***se convierta en la regla general*** para definir el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en Colombia; **(ii)** que en el curso del trámite procesal donde se debata o deba regular la custodia y el cuidado personal de los menores hijos, el juez exhorte a las partes y propicie el ambiente conciliatorio, de tal forma que se logre el acuerdo de custodia compartida por ambos progenitores, contando con el aval judicial; y, **(iii)** de no ser posible lograr el acuerdo de las partes, **es el juez de familia quien en cada caso concreto, aplicando el principio *pro infans*, según revelen las pruebas y la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes de acuerdo con su edad y madurez, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores**, entre el ejercicio de la *custodia compartida por ambos progenitores* o, la *custodia monoparental* estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente.

De lo anterior es posible afirmar que en Colombia existen diversas normas que, desde el entendimiento sistemático, permiten pactar o conciliar a las partes, además de reconocer y aplicar en el ámbito administrativo y judicial, el modelo de la custodia compartida de los hijos a cargo de ambos padres. Ello en tanto responda a los lineamientos de la progenitura responsable en igualdad de condiciones y obre siempre en beneficio de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes. En todo caso, dicho modelo debe ceñirse a tres pilares relevantes: **(i)** el principio de corresponsabilidad parental, **(ii)** el principio de igualdad parental, y **(iii)** el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes.

5.3.1.2. Establecido lo anterior, en segundo lugar, la Sala se detendrá en los fundamentos normativos que invocó el juzgado accionado para tomar la decisión que se cuestiona, mediante la cual concedió a la señora *A.L.* y al señor *Y.V.* la custodia compartida de sus hijos *S.I.* y *J.A.*, fijando tiempos de permanencia de cada progenitor con los niños y la cuota alimentaria a cargo de la accionante *A.L.*

En la sentencia de fecha 24 de julio de 2017, el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios apoyó sus consideraciones en el artículo 253 del Código Civil, sobre la obligación que de consuno le asiste a ambos progenitores frente al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos. Así mismo, invocó

el artículo 44 de la Constitución Política para destacar la importancia que adquiere la familia en el desarrollo integral y armónico de los niños, y que la relación entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado. A partir de allí sostuvo que *“el marco jurídico en el que se desarrolla el concepto de custodia de los menores de edad, debe leerse en el conjunto de las normas de crianza, educación, orientación, y son los padres los primeros llamados a garantizar y proteger el interés superior de los menores de edad y garantizarles el derecho a tener una familia y a mantener las relaciones afectivas con sus parientes”*¹⁰⁸.

Seguidamente citó el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, para explicar que la custodia de los menores de edad puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y que el cuidado personal de los niños también le corresponde a los padres y se extiende a las demás personas que convivan con ellos en los diferentes ámbitos. Adujo que el artículo 56 de la misma normatividad de infancia y adolescencia prevé que los niños, niñas y adolescentes deben ubicarse en un ambiente con sus padres, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizar el ejercicio de sus derechos y atendiendo el interés superior que les asiste. A partir de ello, señaló que ambos progenitores pueden conciliar de común acuerdo la custodia de los menores hijos, pero que en caso no hacerlo la decisión se traslada a las autoridades administrativas de forma provisional y a los jueces de familia para que solucionen la disputa analizando *“todos los elementos de juicio correspondientes con miras a determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia de los niños y cómo se regulan las visitas del otro padre a que haya lugar.”*¹⁰⁹

Con base en los anteriores planteamientos normativos, el juzgado accionado concluyó que la decisión que debía adoptar sobre la custodia y cuidado personal de los niños se funda en el interés superior de los mismos, correspondiéndole analizar las pruebas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia de los niños.

Justamente, aplicando las disposiciones normativas en comento y luego de realizar una evaluación probatoria -la cual será analizada por la Sala más adelante-, el juzgado accionado estimó que conceder la custodia compartida a los progenitores *A.L.* y *Y.V.*, garantizaba en mejor medida los derechos prevalentes de los niños *S.I.* y *J.A.*

Para materializar el ejercicio efectivo de la custodia compartida, el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios estableció de la siguiente forma la distribución del tiempo de permanencia de los niños con cada progenitor:

¹⁰⁸ Folio 261 del expediente No. 2015-00588.

¹⁰⁹ Folio 262 del expediente No. 2015-00588.

“El señor Y.V. tendrá a sus menores hijos desde el día lunes hasta el día viernes al medio día y el último fin de semana de cada mes, para que comparta con los mismos. La señora A.L. tendrá a sus hijos desde el día viernes al medio día hasta el día lunes en la mañana, dejando a sus hijos en sus respectivos colegios, aclarando que los días festivos serán compartidos igualmente con su progenitora.

Con respecto a las vacaciones de semana santa, mitad de año, de receso escolar de octubre y final de año, día del padre, de la madre, y cumpleaños de los niños, seguirán como se venían realizando por las partes, conforme la sentencia proferida por el Juzgado de Descongestión de Familia de esta municipalidad, de manera equitativa y rotatoria, poniéndole de presente a cada padre, que éste no debe interrumpir con llamadas en la tenencia de cada parte con sus hijos, salvo algo de carácter urgente (médico o personales que afecte el cuidado de los niños).

En cuanto a los gastos que se generen por concepto de salud, también serán asumidos de manera conjunta y por partes iguales por sus progenitores”¹¹⁰.

Además de ello, fijó como cuota alimentaria a cargo únicamente de la señora A.L. (i) la suma mensual de \$400.000= para cubrir los gastos de alimentación, vestuario, educación y recreación de los niños S.I. y J.A., en tanto determinó que el demandado Y.V. “*está cubriendo los gastos de los niños en la actualidad*”; y, (ii) una cuota adicional en el mes de diciembre por el mismo valor de la cuota ordinaria antes indicada.

5.3.1.3. En tercer lugar, confrontando lo anterior con los argumentos que expone la accionante para alegar la configuración del defecto sustantivo en el presente caso, la Sala advierte que el juzgado accionado se apoyó principalmente en los artículos 44 de la Constitución, 253 del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia para conceder la custodia compartida de los niños J.A. y S.I. a ambos padres, señalando que lo hacía en procura de privilegiar el interés superior y los derechos prevalentes de los menores de edad. Significa lo anterior que, a pesar de la ausencia de una regulación *integral* de la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores en Colombia, el juez realizó un entendimiento sistemático de la normatividad vigente con el fin de garantizar el derecho fundamental de los niños a tener un familia donde ambos padres contribuyan de forma activa al cuidado, el amor, la crianza y la orientación de los menores hijos, sin que de allí se derive la configuración de un defecto sustantivo pues se propendió por aplicar la *regla general* que rige la materia.

¹¹⁰ Folio 265 del expediente No. 2015-00588.

De hecho, contrario a lo que señala la accionante, la Sala estima que al tener los niños *S.I.* y *J.A.* 7 y 9 años de edad, se encuentran en una edad en la cual es posible que convivan por periodos iguales con cada uno de sus progenitores, pues en la medida que han superado los primeros años de vida (primera infancia), el ejercicio de la custodia y el cuidado personal compartido de los hijos no puede generar una discriminación o un trato desigual asociado al género de los padres, en tanto ambos están llamados constitucional y legalmente a garantizar con idoneidad el cuidado y el amor a los hijos comunes dentro de los lineamientos de la progenitura responsable. De allí que el argumento que expone la actora frente a que el reconocimiento y la aplicación de la custodia compartida debe ser excepcional y debe privilegiar a la madre porque representa la principal figura de apego de los hijos, en el presente caso no esté llamado a prosperar en tanto *Y.V.* también debe participar activamente en el cuidado y la formación de *S.I.* y *J.A.*

Ahora bien, el defecto sustantivo que la Sala sí encuentra estructurado se relaciona con la fórmula que aplicó el juzgado acusado al momento de determinar (i) el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de los progenitores; y, (ii) la imposición de cuota alimentaria *únicamente* en cabeza de la accionante *A.L.* Lo anterior por cuanto desconoce la igualdad de derechos y de obligaciones que impone la progenitura responsable en el modelo sistemático de custodia compartida, habida cuenta de que los principios de corresponsabilidad e igualdad parental parten de la base de un **reparto efectivo, equitativo y equilibrado de las responsabilidades de los progenitores** en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, el cuidado, la educación y la manutención de los hijos comunes (arts. 42 superior, 253 del CC, 14, 23 y 24 del CIA). Es más, ello se traduce a la vez, en una violación de los derechos prevalentes que les asisten a los niños, en especial a disfrutar de una sana y equitativa coparentalidad que beneficie su interés superior a partir de la convivencia equitativa con cada uno de los progenitores.

Frente al primer punto, la Sala observa que el juzgado accionado le concedió al señor *Y.V.* un tiempo de permanencia con sus hijos desde el lunes hasta el medio día del viernes y un fin de semana al mes, lo que equivale en promedio a 19 días mensuales¹¹¹, mientras que a la señora *A.L.* le asignó un tiempo de convivencia con sus hijos de 3 fines de semana completos al mes, es decir, un promedio de 9 días mensuales¹¹². Como se puede advertir, los niños *S.I.* y *J.A.* tendrían un menor tiempo de permanencia con su progenitora, situación inequitativa que desequilibra los lineamientos básicos que deben guiar la custodia compartida en beneficio de los hijos comunes y su derecho a tener

¹¹¹ Partiendo de la base de que un mes tiene 4 semanas de 7 días. Entonces, el juzgado accionado le concedió a *Y.V.* la permanencia con sus hijos desde el medio día del lunes hasta el medio día del viernes (4 días a la semana, por 4 semanas) y un fin de semana completo que comprende 3 días (desde el medio día del viernes hasta el la mañana del lunes). Esto sumaría al mes un promedio de 19 días

¹¹² Desde el medio día del viernes hasta la mañana del lunes, esto es, aproximadamente 3 días a la semana. Bajo la base de un mes de 4 semanas, a la *A.L.* se le concedió 3 fines de semana con sus hijos, es decir, 9 días al mes.

una familia donde ambos padres acudan en igualdad de condiciones a aportar el amor, el cuidado y la orientación que necesitan para el desarrollo armónico e integral.

En tratándose del segundo punto, la Sala reitera que uno de los lineamientos que se debe ponderar para establecer la conveniencia de la custodia compartida, es la definición de la obligación alimentaria a cargo de los progenitores procurando la igualdad de condiciones según la capacidad económica del alimentante [*Supra* f.j. 4.7.3]. Si bien la ausencia de una regulación integral en Colombia sobre el modelo de custodia compartida impide que en la actualidad existan unas reglas *específicas* que permitan definir parámetros concretos para la tasación de la cuota alimentaria en los casos de residencia alternada de los hijos, máxime cuando persisten gastos fijos como por ejemplo la educación y la salud de los menores, lo cierto es que en procura de atender los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, la Corte considera que en tal caso se debe acudir a las normas generales que regulan la obligación alimentaria que tienen ambos padres respecto de los hijos, entre ellas, al artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia¹¹³.

En la custodia compartida la convivencia alternada con los menores hijos trae implícito que el progenitor que se encuentra a cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquellos permanezcan en la residencia del padre o de la madre. Además de ello, ante la existencia de gastos fijos como la educación, la salud y el vestido, entre otros, es necesario que los mismos sean distribuidos entre ambos progenitores de forma equitativa y proporcionada a la capacidad económica de cada uno de los alimentantes, premisa que también aplica en el caso de gastos extraordinarios que surjan en relación con los hijos comunes.

Siendo ello así, la Sala estima que el juzgado accionado desconoció las normas generales en procura de determinar la cuota alimentaria que deben asumir en el presente caso tanto *Y.V.* como *A.L.*. Es decir, no tan solo debía fijar la obligación económica a cargo de la accionante cuando el

¹¹³ “ARTÍCULO 24. DERECHO A LOS ALIMENTOS. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”. // Importa señalar que en la legislación colombiana no existe una fórmula exacta que determine la cuantía de la obligación alimentaria para el progenitor o progenitora, sin embargo, existen factores a tenerse en cuenta para ello, como son: (i) la capacidad económica del alimentante; (ii) las obligaciones alimentarias del progenitor o progenitora con otras personas que por ley también le debe alimentos (ej: otros hijos, cónyuge, padres, etc.); (iii) las necesidades fácticas, sociales y económicas del niño, niña o adolescente; (iv) si el obligado a suministrar alimentos no labora o sus ingresos son irrisorios, el cálculo de la cuota alimentaria se determina sobre el salario mínimo legal vigente (art. 130 del CIA); (v) el reajuste periódico que se le debe hacer a la cuota alimentaria el 1° de enero de cada año, teniendo como base el índice de precios al consumidor, sin desconocer que el juez o las partes pueden pactar otra fórmula de reajuste periódico; y, (vi) el límite máximo del embargo del salario del alimentante asalariado es del 50% por parte de la autoridad judicial.

reconocimiento que hizo fue de aplicar el modelo de custodia compartida de los hijos por ambos progenitores, y no de custodia monoparental donde sí es viable establecer la cuota alimentaria únicamente al progenitor no custodio que tiene un limitado régimen de visitas. Nótese entonces que el juzgado acusado debió advertir que ante la convivencia de los niños en residencias alternadas, cada progenitor está obligado a asumir los gastos económicos como brindarles vivienda, alimentación y recreación durante los días en que los menores *S.I.* y *J.A.* permanezcan en la residencia separada de *Y.V.* y de *A.L.*, pero sumado a ello están obligados a contribuir en calidad de alimentantes, **de forma equitativa y proporcionada con su capacidad económica**, a los gastos fijos y extraordinarios necesarios para garantizar el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social de los hijos comunes. Como ello no aconteció, es predicable el defecto sustantivo que esgrime la accionante.

5.3.1.4. En este orden de ideas, la Sala encuentra que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios en la sentencia del 24 de julio de 2017, incurrió en defecto sustantivo por aplicación errada de los supuestos normativos al momento de determinar *(i)* el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de los progenitores; y, *(ii)* la imposición de cuota alimentaria *únicamente* en cabeza de la accionante *A.L.*, con base en las razones constitucionales y jurídicas antes anotadas. Lo anterior habilita la procedencia material del amparo constitucional por vulneración del debido proceso y por afectar los derechos de los niños *S.I.* y *J.A.*

5.3.2. A continuación la Sala se ocupará de analizar el **defecto fáctico por vía negativa** que aduce la accionante, en tanto cuestiona la valoración de las pruebas que realizó el juzgado accionado en la sentencia del 24 de julio de 2017 y que lo llevó a concluir que ambos progenitores son idóneos para ejercer la custodia y el cuidado personal compartido de sus menores hijos *S.I.* y *J.A.*

Puntualmente, la actora presenta tres reparos frente al análisis probatorio: *(i)* la decisión judicial que se censura se apoyó únicamente en la valoración psicológica que fue emitida por la Comisaría de Familia de Los Patios, cuando esa prueba no fue solicitada por las partes, decretada de oficio, ni controvertida en el trámite procesal; *(ii)* el juzgado acusado dejó de valorar los dictámenes rendidos por el Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el informe que fue presentado por el asistente social del juzgado, según los cuales *Y.V.* carece de las cualidades personales para tener la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* Según la accionante, tales dictámenes no fueron objeto de análisis judicial y tampoco el juez explicó por qué se separaba de ellos; y, *(iii)* el fallo censurado no tuvo en cuenta las pruebas trasladadas del expediente No. 2014-00114, es decir, no hizo una valoración en conjunto de todas las pruebas que obraban en el expediente judicial.

Para examinar este defecto, la Sala abordará la siguiente metodología: en un primer momento sintetizará el análisis probatorio que efectuó el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios en la sentencia del 24 de julio de 2017; y, en un segundo momento, estudiará cada uno de los reparos que esgrime la accionante como lesivos de los derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de los niños *S.I.* y *J.A.*

5.3.2.1. Pues bien, el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios indicó en la sentencia del 24 de julio de 2017 (folios 260 a 266 del expediente No. 2015-0588) que entre las partes no existía acuerdo tendiente a definir la custodia y el cuidado personal de los hijos comunes, por lo que señaló que correspondía al juez de familia definir el tema a partir del interés superior de los niños y de las pruebas que obraban en el plenario. Así, relacionó el contenido de los siguientes medios de prueba:

(i) El concepto que rindió el Asistente Social del juzgado luego de efectuar la visita social al entorno de los menores *S.I.* y *J.A.*: Según relacionó el mismo juzgado en la parte motiva de la decisión que se cuestiona, el concepto social indica que *“ambos padres son garantes de los derechos de sus hijos y les proveen condiciones similares en su cuidado y calidad de vida. Sin embargo, la madre es más abierta para facilitar que estos [los niños S.I. y J.A.] compartan libremente tiempo con su padre, aspecto en el que éste es mucho más estricto. // [A.L.] proyecta dedicarles más tiempo a sus hijos y ser menos dependiente de los cuidados por parte de los abuelos (...) // Un aspecto adicional que diferencia el trato que cada padre da a sus hijos es que el padre llama telefónicamente a la niña durante las visitas con la madre para averiguar sobre las actividades y rutinas de estos y aunque puede parecer una conducta protectora, es más una acción de control no sana emocionalmente para los hijos de padres separados ya que obliga a los niños a contar aspectos que preferirían no comunicar por el temor de causar conflictos y disgustos entre los padres. Una pauta sana es que los padres les digan a sus hijos que no necesitan contar lo que hacen con su otro padre y solo lo harían cuando voluntariamente lo decidan ellos mismos. // Teniendo en cuenta estos aspectos anteriores, considero más conveniente que la custodia sea otorgada a la madre y se reglamenten visitas favoreciendo el que los niños compartan tiempo libre de los fines de semana con ambos padres, en consideración a que los dos trabajan fuera del hogar”*.

(ii) La valoración psicológica que realizó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cúcuta, a los señores *Y.V.* y *A.L.*. Frente al primero, el juzgado relacionó que ese dictamen pericial indica que *Y.V.* *“(...) muestra depender más aún de su propia madre que de su propio criterio por falta de trabajo emocional en su propia independencia y autonomía. Por eso muestra dificultades para ejercer la autoridad, impartir disciplina y/o normas con sus vástagos; por esto mismo fabrica manipulaciones y/o alianzas con sus hijos en contra de su madre como mecanismo extremo de mantenerles a su lado y obviar que le abandonen y dejen de amarle; por último, muestra no ser*

realista en su prospección o propia visión de futuro y/o la de sus vástagos”. Por su parte, respecto a A.L. este dictamen señaló que “es apta para ejercer la autoridad e impartir disciplina, afronta conflictos de modo asertivo y hay buena prospección suya y de sus hijos”.

(iii) La valoración psicológica que realizó la Comisaría de Familia de Los Patios en entrevistas adelantadas tanto a los progenitores como a los niños S.I. y J.A: Dicha valoración concluyó lo siguiente: “según los resultados obtenidos en las entrevistas tenidas con los menores y con los progenitores y la observación conductal, puedo concluir que los menores no presentan a la fecha riesgo o vulneración de ninguno de los derechos. // En cuanto a los lazos afectivos de los menores para con cada uno de los padres están basados en afecto, respeto y cercanía para con cada uno de los padres (sic). // No se identifica síndrome de alienación parental realizada por ninguno de los progenitores. // Se observa una relación afectiva normal entre los padres e hijos. // Entre los progenitores no se maneja un conflicto de tipo comunicacional asertivo haciendo así la relación de padres deficiente, situación que imposibilita un sano diálogo sobre los avances y/o dificultades de los menores. // Ambos padres de familia les garantizan a los menores protección de los derechos y afecto, sin embargo los menores durante las intervenciones realizadas reafirmaban el deseo de continuar pernoctando con el progenitor e ir a visitar a la progenitora y el núcleo familiar de esta”.

Seguidamente, la sentencia que se cuestiona realizó la valoración probatoria en un acápite denominado “análisis jurídico de la situación fáctica”, en el cual adujo lo siguiente:

“Es indudable, que la relación entre demandante y demandado, está deteriorada por los conflictos surgidos entre ellos, y es claro para este Juzgador, que no existen regulaciones o decisiones perfectas en lo concerniente con la custodia de los hijos después de una separación familiar y, menos aún, cuando resultan de una imposición judicial, en la que no se vea comprometida la voluntad y el deseo de los padres, para favorecer principalmente a los hijos menores de edad.

Del material probatorio, se evidencia, que ambos padres, son profesionales, de similar extracto social y solvencia económica, su entorno social y familiar es equivalente, habrá de concluirse, que se advierte en ambos progenitores presencia seria de condiciones y aptitudes, convenientes y necesarias para atender debidamente a los hijos [S.I. y J.A.].

Así entonces, en procura de la protección y efectividad de los intereses superiores de los niños [S.I y J.A.], entre ellos formar parte de una familia, con igualdad de presencia de sus progenitores, con límites definidos de respeto y tolerancia, con el fin de no originar traumatismos a los niños, en su actual cotidianidad en una forma radical, teniendo en

cuenta las condiciones sociales, familiares y personales del padre y la madre, se concederá custodia y cuidado personal de manera compartida entre el padre y la madre de [S.I. y J.A.] (...)”¹¹⁴.

Así las cosas, con base en el anterior análisis probatorio, el juzgado accionado estimó que la custodia compartida de los menores *S.I* y *J.A.* por parte de sus padres *A.L.* y *Y.V.* era la forma de garantizar en mejor medida el interés superior de los niños y su derechos a tener una familia y no ser separados de ella. Luego de ello fijó los periodos de permanencia de los niños con cada progenitor y estableció la cuota alimentaria en cabeza de *A.L.*

5.3.2.2. Establecido lo anterior, la Sala Séptima de Revisión examinará cada uno de los reparos que en criterio de la actora estructuran un defecto fáctico por vía negativa.

En primer lugar, la accionante plantea que la decisión judicial que se censura se apoyó únicamente en la valoración psicológica que fue emitida por la Comisaría de Familia de Los Patios, cuando esa prueba no fue solicitada por las partes, decretada de oficio, ni controvertida en el trámite procesal.

Al respecto, la Sala observa que en un anterior proceso judicial (expediente 2014-00114) que asignó la custodia monoparental y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* al señor *Y.V.*, el Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de Los Patios en sentencia fechada el 6 de marzo de 2015, ordenó al grupo familiar (progenitores y menores hijos) someterse de forma constante a chequeos y revisiones por parte del equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Los Patios, ello con el fin de *“empezar a tratar los conflictos tanto familiares como la relación entre los hijos con su señora madre”*¹¹⁵.

Con ocasión de esas revisiones, el 6 de abril de 2017 esa Comisaría rindió un informe sobre la valoración psicológica que efectuó al grupo familiar Vargas Lizcano. Dicho informe fue remitido al señor *Y.V.*, quien por conducto de su apoderado judicial lo allegó el 20 de abril de 2017 al proceso judicial que se cuestiona, indicando que se trataba de *“valoraciones que se vienen practicando de conformidad con lo ordenado dentro del proceso y dentro de la sentencia proferida entre las mismas partes en el proceso anterior”*¹¹⁶, pero sin solicitar que fuera tenido en cuenta como prueba en el expediente No. 2015-00588. Es más, para esa fecha las pruebas que fueron solicitadas por las partes ya habían sido decretadas por el juzgado accionado en Auto del 14 de diciembre de 2015, sin que allí figure el decreto de esta prueba como documental o como pericial, al igual que tampoco fue decretada de oficio por el juez durante el trámite judicial.

¹¹⁴ Folio 264 del expediente No. 2015-00588.

¹¹⁵ Folio 76 del expediente No. 2015-00588.

¹¹⁶ Folio 198 del expediente No. 2015-00588.

Lo anterior permite advertir a la Sala que la valoración psicológica que realizó la Comisaría de Familia de Los Patios y que fue adosada al plenario que se cuestiona por parte del señor Y.V., en efecto no fue decretada en el trámite judicial ni se corrió traslado de la misma para que pudiera ser controvertida en su oportunidad por la demandante A.L., es decir, corresponde a una prueba que fue introducida al proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal de los niños S.I. y J.A., violando el debido proceso. Sin embargo, el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios le otorgó un valor probatorio relevante en la sentencia judicial del 24 de julio de 2017, situación que estructura un defecto fáctico por haberse valorado una prueba irregularmente introducida al trámite judicial.

De hecho, según establece el artículo 164 del Código General del Proceso, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, lo que justamente echa de menos la accionante con relación al concepto psicológico emitido por la Comisaría de Familia de Los Patios y que verdaderamente configura un defecto fáctico porque desconoce los lineamientos constitucionales del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la señora A.L. y a sus menores hijos.

En este punto, la Sala considera que si el juez accionado estima que esa prueba es útil, conducente y pertinente para esclarecer los hechos objeto de la controversia y garantizar el interés superior de los niños S.I. y J.A., antes de dictar una nueva sentencia judicial puede hacer uso de la facultad officiosa que consagran los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, pero en todo caso permitiendo a las partes ejercer el derecho de contradicción de la prueba que se pretende regularizar.

En segundo lugar, la accionante señala que el juzgado acusado dejó de valorar los dictámenes rendidos por el Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el informe que fue presentado por el asistente social del juzgado, según los cuales Y.V. carece de las cualidades personales para tener la custodia y el cuidado personal de los niños S.I. y J.A. Según la accionante, tales dictámenes no fueron objeto de análisis judicial y tampoco el juez explicó por qué se separaba de ellos.

Para atender este punto, la Sala resalta que de acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso, el juez tiene el deber de apreciar las pruebas en conjunto siguiendo las reglas de la sana crítica y además debe exponer razonadamente en la decisión judicial el mérito que le asigna a cada prueba.

En el presente caso, esta Corporación observa que en la sentencia judicial del 24 de julio de 2017, el juzgado accionado se limitó a transcribir los apartes conclusivos de la visita social que realizó el Asistente Social del juzgado, de la valoración psicológica que efectuó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a los señores A.L. y Y.V., y de la valoración psicológica que realizó la Comisaría de Familia. Solo en el acapíte denominado “*análisis jurídico de*

la situación fáctica” le dio validez probatoria al concepto emitido por la Comisaría de Familia de Los Patios, sin explicar por qué dejó de analizar en conjunto los hallazgos que revelaban los dictámenes de Medicina Legal y la visita social antedicha. Es más, la Sala advierte que el juzgado acusado no hizo referencia alguna a los demás medios de prueba que fueron decretados y recaudados efectivamente en el trámite del proceso verbal sumario como, por ejemplo, los documentos que fueron allegados con la demanda por la actora A.L. y los que aportó el demandado Y.V. con la contestación de la demanda, los interrogatorios que rindieron tanto la demandante como el demandado, las entrevistas que se hicieron a los niños con el fin de escucharlos y conocer su opinión frente al debate que define su custodia y cuidado personal, y las pruebas documentales que aportó la demandante en la audiencia única.

El análisis probatorio en conjunto resultaba determinante en el asunto que se cuestiona, pues la definición judicial del modelo de custodia compartida exige realizar una detallada evaluación de las condiciones fácticas y jurídicas caso a caso con miras a determinar si, aplicando el principio *pro infans* y los derechos prevalentes de los niños al amor, al cuidado y a tener una familia y no ser separados de ella, resultaba más apropiado para los menores S.I. y J.A. la custodia compartida ejercida por ambos progenitores ciñéndose a los pilares de corresponsabilidad parental, igualdad parental y el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes, o el modelo tradicional de custodia monoparental fijando régimen de visitas y cuota alimentaria al padre o la madre no custodio. Ello en tanto existen pruebas en el presente caso que se contradicen entre sí y que exigen al juez que, aplicando los lineamientos de la sana crítica, indique razonadamente por qué acoge una determinada prueba y por qué se aparta de las demás. Justamente, esa actividad de análisis y argumentación probatoria es la que luce ausente en la sentencia judicial que censura la actora, lo que permite estructurar un defecto fáctico por vía negativa debido a la falta de valoración del acervo probatorio en su integralidad por parte del juez accionado.

La Sala estima que, contrario a lo que solicita la actora en la acción de tutela, no le corresponde al juez constitucional emitir un análisis sobre cada una de las pruebas que no fueron valoradas por el juzgado accionado, pues ello terminaría invadiendo la órbita propia del juez natural, sumado a que convertiría la tutela en una instancia judicial más para controvertir la definición de la custodia compartida de los niños S.I. y J.A. Así las cosas, lo que corresponde es que el juzgado accionado emita una nueva sentencia en la cual corrija los yerros sustantivos y probatorios evidenciados en esta providencia tutelar.

En tercer lugar, la actora expone que el fallo censurado no tuvo en cuenta las pruebas trasladadas del expediente No. 2014-00114, es decir, no hizo una valoración en conjunto de todas las pruebas que obraban en el proceso judicial.

Al respecto, la Sala observa que la accionante *A.L.* en calidad de demandante en el proceso verbal sumario que se cuestiona, jamás realizó en ese trámite procesal una petición tendiente a incluir como prueba trasladada algunas partes o la totalidad del expediente No. 2014-00114. Por el contrario, en la demanda relacionó como pruebas documentales las piezas procesales que corresponden a dicho expediente, al punto que en el Auto de decreto de pruebas de fecha 14 de diciembre de 2015 se les reconoció valor probatorio como prueba documental. Por lo tanto, si la actora no estaba de acuerdo con esa decisión interlocutoria, debió haber formulado el recurso de reposición en la debida oportunidad procesal para que al expediente No. 2014-00114 se le concediera el valor de prueba trasladada; como no lo hizo, desaprovechó el mecanismo idóneo de defensa judicial que tenía a su alcance.

Al margen de lo anterior, en todo caso la Sala recuerda que el juez accionado incurrió en defecto fáctico por vía negativa al dejar de valorar el contenido de varias pruebas que fueron allegadas regularmente al proceso, entre ellas, los documentos que corresponden al expediente No. 2014-00114. De allí que en la nueva sentencia judicial debe valorar las pruebas en su conjunto, con el fin de establecer qué modelo de custodia responde en mejor medida a los derechos que les asisten a los niños *S.I.* y *J.A.*, más allá de la contienda personal que por años han tenido sus progenitores.

5.3.2.3. En este orden de ideas, la Sala encuentra que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios en la sentencia del 24 de julio de 2017, incurrió en defecto fáctico *(i)* por haberse valorado una prueba irregularmente introducida al trámite judicial, cual fue, el concepto psicológico que emitió la Comisaría de Familia de Los Patios y que fue allegado por el demandado *Y.V.* sin que mediara decreto previo, recaudo efectivo, ni contradicción probatoria; y, *(ii)* por la falta de valoración del acervo probatorio en su integralidad explicando razonablemente por qué prefirió o se separó de determinados medios de prueba cuando ellos revelaban realidades que lucen contradictorias y que influyen para decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.*

5.4. A partir de lo anteriormente expuesto, la Sala Séptima de Revisión estima que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios incurrió en defectos sustantivo y fáctico que desconocen el derecho fundamental al debido proceso de la accionante *A.L.*, a la vez que lesionan el interés superior de los niños *S.I.* y *J.A.*. Por consiguiente, concederá el amparo y dejará sin efectos la sentencia emitida el 24 de julio de 2017 dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal No. 2015-00588, así como las actuaciones subsiguientes que dependan de ella. En consecuencia, ordenará a dicho juzgado que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dictar nuevamente el fallo judicial que en derecho corresponda, valorando en conjunto las pruebas aportadas dentro del proceso en la forma que manda el artículo 176 del Código General del Proceso y teniendo en cuenta las disposiciones que regulan el ejercicio de la custodia y el cuidado

personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atienda el interés superior de los niños, así como el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separada de ella.

5.5. Aprovecha la oportunidad la Corte para hacer un llamado de atención a la señora *A.L.* y al señor *Y.V.* para que dejen de lado los conflictos personales que han persistido después de la ruptura sentimental y, de forma civilizada, pensando en el bienestar integral de los niños y la opinión que estos han manifestado de querer compartir con ambos progenitores, acuerden el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos comunes teniendo en cuenta que por regla general la figura de la custodia compartida atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y garantiza su derecho prevalente a tener una familia y no ser separados de ella. Nada mejor para un niño que contar con el amor, el cuidado y la orientación de ambos padres, que aunque se encuentren separados o no convivan por diferentes razones, logran anteponer sus diferencias y actuar con idoneidad. Justamente, la progenitura responsable impone no trasladar los problemas personales a la crianza de los menores hijos, sino articular separadamente la crianza con parámetros de orientación estables que ayuden a formar mejores seres humanos para que más adelante contribuyan al futuro de la sociedad. En tal sentido, el juez de familia puede propiciar el espacio idóneo en el cual exhorte a las partes para que actúen en beneficio de los menores hijos.

6. Síntesis de la decisión

6.1. La accionante *A.L.*, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos *S.I* y *J.A* de 9 y 7 años de edad respectivamente, promovió acción de tutela contra el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Los Patios solicitando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los menores, los cuales estima que fueron vulnerados en la sentencia del 24 de julio de 2017 proferida dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal que la actora impetró contra *Y.V.*, padre de los dos niños.

6.2. La accionante centró su inconformidad en que la decisión judicial que cuestiona incurrió en (i) *defecto procedimental absoluto*, por cuanto al proceso se le imprimió el trámite verbal sumario previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, cuando esa norma se encontraba derogada por la Ley 1564 de 2012, es decir, estima que debieron aplicarse los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso, además de adelantar el trámite en una única audiencia y de señalarle al demandado que la excepción que formuló debió haberla propuesto como recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sin ser considerada como excepción de mérito; (ii) *defecto sustantivo* porque, según planteó la actora, la figura de la custodia compartida que fue aplicada por el juzgado accionado no está regulada en la legislación colombiana, sumado a que no asignó de manera equitativa a cada progenitor el tiempo para compartir con los niños y le fijó cuota alimentaria a la accionante;

y (iii) *defecto fáctico por vía negativa*, habida cuenta de que el juez dejó de valorar los dictámenes rendidos por el Instituto Seccional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el informe que fue presentado por el asistente social del juzgado, según los cuales *Y.V.* carecía de las cualidades personales para tener la custodia y el cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* De hecho, adujo que el fallo que censura solo se apoyó en la valoración psicológica emitida por la Comisaría de Familia de Los Patios, que fue una prueba que no se decretó ni fue controvertida en el proceso judicial.

6.3. Al realizar el análisis concreto de procedencia general de la acción de tutela contra providencia judicial, la Sala concluyó que la presente acción constitucional es improcedente respecto a la configuración del *defecto procedimental absoluto* que adujo la accionante, en tanto incumple el requisito de subsidiariedad porque aquella desaprovechó los mecanismos ordinarios de defensa judicial que tenía al interior del proceso para ventilar sus inconformidades frente al trámite procesal. Por consiguiente, la Sala limitó el análisis material a la posible configuración de los *defectos sustantivo y fáctico por vía omisiva*, en tanto indicó que se predicaban de un fallo de única instancia frente al cual no proceden los recursos ordinarios ni extraordinarios de defensa judicial. Finalmente, encontró acreditados los demás requisitos genéricos que habilitan la procedencia general de la tutela contra una sentencia judicial.

6.4. En tratándose del análisis material del *defecto sustantivo* que expuso la actora, la Sala encontró que el juzgado accionado en su sentencia se apoyó principalmente en los artículos 44 de la Constitución, 253 del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia para conceder la custodia compartida de los niños *J.A.* y *S.I.* a ambos padres, señalando que lo hacía en procura de privilegiar el interés superior y los derechos prevalente de los menores de edad. A partir de ello, la Corte explicó que a pesar de la ausencia de una regulación *integral* de la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores en Colombia, el juez realizó un entendimiento sistemático de la normatividad vigente con el fin de garantizar el derecho fundamental de los niños a tener un familia donde ambos padres contribuyan de forma activa al cuidado, el amor, la crianza y la orientación de los menores hijos, sin que de allí se derive la configuración de un defecto sustantivo pues se propendió por aplicar la *regla general* que con enfoque constitucional rige la materia.

No obstante, la Sala encontró estructurado el defecto sustantivo en relación con la fórmula que aplicó el juzgado acusado al momento de determinar, bajo el modelo de la custodia compartida, lo siguiente: (i) el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de los progenitores; y, (ii) la imposición de cuota alimentaria *únicamente* en cabeza de la accionante *A.L.* Lo anterior por cuanto desconoció la igualdad de derechos y de obligaciones que impone la progenitura responsable en el modelo sistemático de custodia compartida, habida cuenta de que los principios de corresponsabilidad e

igualdad parental parten de la base de un reparto *efectivo, equitativo y equilibrado* de las responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, el cuidado, la educación y la manutención de los hijos comunes (arts. 253 del CC y art. 23 del CIA) . La Sala explicó que esa situación derivó también en una violación de los derechos prevalentes que les asisten a los niños, en especial a disfrutar de una sana y equitativa coparentalidad que beneficie su interés superior.

6.5. Referente al *defecto fáctico por vía omisiva*, la Sala señaló que el juzgado accionado en la sentencia que profirió el 24 de julio de 2017 incurrió en tal defecto (i) por haberse valorado una prueba irregularmente introducida al trámite judicial, cual fue, el concepto psicológico que emitió la Comisaría de Familia de Los Patios y que fue allegado por el demandado Y.V. sin que mediara decreto previo, recaudo efectivo, ni contradicción probatoria en el trámite judicial; y, (ii) por la falta de valoración del acervo probatorio en su integralidad, explicando razonablemente por qué prefirió o se separó de determinados medios de prueba cuando ellos revelaban realidades que lucen contradictorias para decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los niños S.I. y J.A.

6.6. Con base en los anteriores fundamentos, la Sala concluyó que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios incurrió en defectos sustantivo y fáctico que desconocen el derecho fundamental al debido proceso de la accionante A.L., a la vez que lesionan el interés superior de los niños S.I. y J.A.. Por consiguiente, en la parte resolutive de esta decisión tutelar, concederá el amparo y dejará sin efectos la sentencia emitida el 24 de julio de 2017 dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal No. 2015-00588, así como las actuaciones subsiguientes que dependan de ella. En consecuencia, ordenará a dicho juzgado que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dictar nuevamente el fallo judicial que en derecho corresponda, valorando en conjunto las pruebas aportadas dentro del proceso en la forma que manda el artículo 176 del Código General del Proceso y teniendo en cuenta las disposiciones que regulan el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atienda el interés superior de los niños, así como el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separada de ella.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR los términos suspendidos mediante auto del 3 de abril de 2018, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corporación.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el 26 de octubre de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual revocó la sentencia de primera instancia emitida el 18 de septiembre de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, dentro de la acción de tutela que impetró la señora *A.L.*, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos *S.I.* y *J.A.*, contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso de la accionante y al interés superior de los niños que les asiste a los menores representados *S.I.* y *J.A.*

Tercero.- DEJAR SIN EFECTO la decisión adoptada el 24 de julio de 2017 por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios, así como las actuaciones subsiguientes que dependan de dicha decisión, dentro del proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal de los niños *S.I.* y *J.A.* que formuló *A.L.* contra *Y.V.* (Radicado No. 2015-00588). En su lugar, **ORDENAR** a dicho juzgado que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dictar una nueva sentencia que atienda las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Cuarto.- DEVOLVER, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, al Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios el original del expediente No. 2015-00588 que fue remitido en calidad de préstamo a esta Corporación.

Quinto.- COMUNICAR esta providencia para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, tanto a las partes accionante y accionada, así como a los terceros intervinientes involucrados por los jueces de instancia.

Comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALBERTO ROJAS RÍOS
A LA SENTENCIA T- 384/18**

Referencia: Expediente T-6.517.757

Acción de tutela formulada por *A.L.*, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos *S.I.* y *J.A.*, contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios (Norte de Santander)¹¹⁷.

Magistrada Ponente:
Cristina Pardo Schlesinger

EL MODELO DE *CUSTODIA COMPARTIDA* ES EL QUE MEJOR GARANTIZA EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. POR LO TANTO REQUIERE DE UN ANÁLISIS CUALITATIVO Y NO MERAMENTE CUANTITATIVO

1. En virtud de que la presente sentencia advierte que debe haber un nuevo pronunciamiento que acoja “*las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído*”, manifiesto mi plena aceptación del papel que debe entrar a jugar el modelo de *custodia compartida* como método para salvaguardar el interés superior de los menores de edad y evitar que estos resulten perjudicados por el conflicto personal de sus padres.

En ese sentido, se destaca que la providencia realiza un completo examen de la *custodia compartida*, poniendo en evidencia sus virtudes de cara a los conflictos interfamiliares y la necesidad de garantizar el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. Al respecto, el fallo menciona:

“A pesar de que los padres se encuentren separados por diversas razones, ello no puede traducirse en la ruptura de la convivencia de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y familiares, pues pensando en el mayor beneficio y en los derechos prevalentes de éstos, los padres pueden acordar ejercer la custodia y el cuidado personal de

¹¹⁷ Los nombres de los menores de edad y sus progenitores fueron modificados con el fin de salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad.

forma solidaria y compartida atendiendo el interés superior de los hijos menores, así como en cumplimiento del ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, cuando las circunstancias fácticas y de entendimiento civilizado lo permitan ”.

2. No obstante lo anterior, la sentencia proferida por la mayoría de la Sala Séptima de Revisión también se fundamenta en que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios, Norte de Santander, incurrió en los *defectos sustantivo y fáctico* al proferir la sentencia del 18 de septiembre de 2017, mediante la cual resolvió la controversia suscitada entre los padres de los menores *S.I.* y *J.A.* respecto a su cuidado y custodia.

Es sobre este aspecto que me aparto de la decisión adoptada, toda vez que, en mi criterio, no se acreditó que el juez hubiera adoptado un fallo con errores *arbitrarios, ostensibles o caprichosos* que pusieran de presente una violación del derecho fundamental al debido proceso de la señora *A.L.*

2.1. En relación con la estructuración del *defecto sustantivo*, destaco que la sentencia C-590 de 2005 requiere acreditar que el fallo se adoptó “*con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y lo decidido*”. Del mismo modo, el fallo T-792 de 2010 refiere que éste yerro tiene lugar cuando se “*opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*”.

En el presente caso, la mayoría de la Sala consideró que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios había incurrido en un error de tal naturaleza, por cuanto resolvió que la custodia de los menores *S.I.* y *J.A.* ya no estaría a cargo de su padre sino que sería compartida, de conformidad con los siguientes lineamientos:

“El señor [Y.V.], tendrá a sus menores hijos desde el día lunes hasta el día viernes al medio día y el último fin de semana de cada mes, para que comparta con los mismos. La señora [A.L.], tendrá a sus hijos desde el día viernes al mediodía hasta el día lunes en la mañana, dejando a sus hijos en sus respectivos colegios, aclarando que los días festivos serán compartidos igualmente con su progenitora.”

Adicionalmente, se dispuso una cuota alimentaria de \$400.000 en cabeza de la señora *A.L.* para los gastos de alimentación, vestuario, educación y recreación de sus hijos. Frente a ello, la sentencia de la cual me aparto parcialmente señala que la fórmula utilizada por el juez incurre en una desproporción en perjuicio de la progenitora, pues solo le otorga entre 10 y 11 días por mes, frente a los 19 días concedidos al padre y, además, le fija una cuota alimentaria.

En criterio de la posición mayoritaria, esta distribución desconoció el “*reparto efectivo, equitativo y equilibrado de las responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales*”¹¹⁸. Considero que tal conclusión resulta desacertada, ya que se motiva en una constatación meramente cuantitativa del reparto realizado por el juez y omite un examen cualitativo al respecto.

Al revisar la decisión cuestionada, se observa que la señora *A.L.* estará con sus hijos tres fines de semana al mes y todos los días feriados, mientras que al señor *Y.V.* le corresponderán los días escolares y un fin de semana al mes, con los gastos que ello implica. Esta fórmula decisoria resulta perfectamente plausible frente al amplio margen de alternativas existentes en el marco de la *custodia compartida*¹¹⁹; además, garantiza la estabilidad del proceso escolar de los menores e, inclusive, permite que la señora *A.L.* pase más tiempo de calidad con ellos, pues los días escolares no pueden asimilarse cualitativamente a los fines de semana y a los días feriados¹²⁰.

Frente a este punto, la misma sentencia explica que: **(i)** el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha señalado que el interés superior del menor requiere un análisis “*flexible, adaptable y debe definirse con arreglo a la situación concreta del niño, niña y adolescente a partir del contexto y las necesidades personales de estos*”¹²¹; **(ii)** la custodia y cuidado de los menores de edad “*no se puede operar de manera automática y mecánica*”¹²²; **(iii)** el modelo de la custodia compartida debe ser regulado sin acudir a fórmulas rígidas o cerradas¹²³; **(iv)** el principio de igualdad parental se “*refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progeneritura responsable*”¹²⁴; y, **(vii)** el derecho a la coparentalidad de los niños debe aparejar un marco de continuidad y estabilidad frente a sus rutinas diarias y su proceso escolar¹²⁵.

Así las cosas, no considero que en este caso se haya configurado un *defecto sustantivo* por el simple hecho de adoptar una decisión cuantitativamente desigual; es más, si se llega a establecer una proporción 15-15 en el presente caso, se podrían afectar las rutinas sociales y escolares de los menores únicamente bajo el pretexto de satisfacer una igualdad formal entre sus padres.

¹¹⁸ Pág. 56.

¹¹⁹ Como por ejemplo, mes a mes, semestre a semestre, 19-11 días, 15-15 días, jornada escolar-fines de semana, entre muchas otras alternativas que pueden implementarse según las particularidades de cada caso concreto y siempre atendiendo el interés superior de los menores de edad.

¹²⁰ En la página 45 de esta providencia, pie de página 120, se explica que al dividir los tiempos entre lectivos y no lectivos, se genera un mayor beneficio al padre que tiene a su cargo los días de descanso, ya que estará asociado a tiempo de vacaciones y actividades de ocio, mientras que el otro progenitor debe asumir las exigencias diarias que implican el proceso escolar del menor.

¹²¹ Pág. 31.

¹²² Pág. 39.

¹²³ Pág. 41.

¹²⁴ Pág. 44. Énfasis agregado.

¹²⁵ Pág. 45.

2.2. Frente al *defecto fáctico* que también se le endilga a la sentencia censurada, resalto que esta Corporación, en providencia SU-817 de 2010, estableció que este yerro se presenta “cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva o constituye un ostensible desconocimiento del debido proceso”¹²⁶.

La mayoría de la Sala Séptima indicó que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios incurrió en este defecto debido a que: **(i)** incluyó en su valoración una prueba que no fue debidamente aportada al proceso; **(ii)** omitió analizar los elementos probatorios de una manera integral; y, **(iii)** dejó de valorar las pruebas que fueron allegadas por la señora *A.L.*

En oposición a lo anterior, destaco los siguientes aspectos:

- La prueba que el juez incluyó en su análisis se refiere a una valoración psicológica realizada por la Comisaría de Familia de Los Patios, la cual fue ordenada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de ese municipio, como parte de una serie de revisiones que la Comisaría debía realizar a ambos progenitores y a los menores¹²⁷. Se resalta que en esta valoración se entrevistaron a los niños *S.I.* y *J.A.* quienes afirmaron su deseo de seguir estando con su padre, con lo cual considero desproporcionado sostener que el juez incurrió en un *defecto fáctico* al mencionar este dictamen en su providencia, más aún, si se tiene en cuenta su naturaleza e importancia¹²⁸.
- La sentencia atacada sí se refirió a los dictámenes practicados a las partes y está precedida de un extenso cuestionario que el juez practicó personalmente a cada uno de los progenitores, indagando de manera exhaustiva los aspectos estudiados en todas las valoraciones psicológicas aportadas al proceso, a saber, sus condiciones, sociales, económicas, familiares, afectivas, entre otras. Con posterioridad a tal actuación, el juez dispuso un receso y procedió a dictar sentencia de manera oral, en la cual se explicó:

“Del material probatorio, se evidencia, que ambos padres, son profesionales, de similar estrato social y solvencia económica, su entorno social y familiar es equivalente, habrá de concluirse, que se advierte en ambos progenitores presencia seria de condiciones y aptitudes, convenientes y necesarias para atender debidamente a los hijos.”

¹²⁶ Pág. 23.

¹²⁷ Tal medida se adoptó en el marco de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2015 al determinar que la custodia de *S.I.* y *J.A.* estaría en cabeza de su progenitor.

¹²⁸ Inclusive, se podría llegar a sostener que su no valoración podría configurar un *exceso ritual manifiesto* en el cual se prioriza una formalidad en perjuicio del interés de llegar a una certeza respecto a las condiciones familiares puestas al escrutinio del juez.

Así entonces, en procura de la protección y efectividad de los intereses superiores de los niños [S.I. y J.A.], entre ellos formar parte de una familia, con igualdad de presencia de sus progenitores, con límites definidos de respeto y tolerancia, con el fin de no originar traumatismos a los niños, en su actual cotidianidad en una forma radical, teniendo en cuenta las condiciones sociales, familiares y personales del padre y la madre, se concederá custodia y cuidado personal de manera compartida”¹²⁹.

En consecuencia, no se observa que el juez hubiera incurrido en un error ostensible, caprichoso o arbitrario a la hora de analizar las pruebas y mucho menos que hubiera desconocido la realidad probatoria sometida a su valoración, dado que el examen de los documentos obrantes en el expediente permite llegar a la misma conclusión del fallador, esto es, que ambos padres tienen las condiciones necesarias para hacerse cargo del cuidado de sus hijos.

- Se evidencia que la misma sentencia de la Corte desacredita un argumento adicional de la señora *A.L.*, quien se equivoca en afirmar que el juez no tuvo en cuenta las pruebas trasladadas de un proceso anterior, debido a que “*jamás realizó en ese trámite procesal una petición tendiente a incluir como prueba trasladada algunas partes o la totalidad del expediente No. 2014-00114*”¹³⁰. Sin embargo, se indica que se habría omitido su valoración como piezas procesales aportadas con la demanda, dado que no se refirieron expresamente en la sentencia.

Considero que realizar este juicio al funcionario en cuestión resulta excesivo, ya que deben tomarse en consideración: **(i)** la autonomía con que cuentan los jueces para formar su convicción conforme a la sana crítica; y, **(ii)** los principios que inspiran el proceso en el nuevo escenario de la oralidad, de suerte que no resulta razonable una exigencia al juez de realizar en el decurso de la audiencia un inventario verbal de todo el material probatorio allegado. Por lo demás, tampoco es posible asegurar que la inclusión de aquellos elementos de juicio hubiera tenido la potencialidad de modificar el sentido del fallo.

2.3 Finalmente, señalo la existencia de una imprecisión en la parte resolutoria del fallo, en tanto sólo revoca la sentencia de segunda instancia de tutela que: **(i)** negó el amparo invocado por la señora *A.L.* y **(ii)** revocó la sentencia de primer grado que había concedido la protección del derecho fundamental al debido proceso y ordenado al juez proferir una nueva sentencia.

En el expediente se observa que la orden del juez constitucional de primera instancia fue cumplida y se adoptó una nueva decisión sobre la custodia de los

¹²⁹ Pág. 61. Énfasis agregado.

¹³⁰ Pág. 64.

menores *S.I* y *J.A.* ¹³¹; sin embargo la Sala de Revisión no se pronunció sobre la eficacia y/o pertinencia del fallo de tutela de primera instancia, ni sobre la providencia dictada en su cumplimiento.

3. En suma, considero que la decisión inicial del Juez 1° Promiscuo de Los Patios, Norte de Santander, no incurrió en los *defectos sustantivo y fáctico*. Lo que se observa es un fallo que adopta una solución equilibrada y conciliadora en el marco del conflicto de dos padres que se disputan la custodia de sus hijos, aspecto que, inclusive, hubiera merecido un punto resolutivo adicional en el cual se les exhortara a estos que lleguen a los acuerdos necesarios para promover el desarrollo pacífico y armónico de los menores.

Fecha *ut supra*,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

¹³¹ Folio 293 y siguientes del Cuaderno del proceso ordinario.